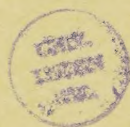


**Die Erbringung und Beschaffung
der ambulanten nichtärztlichen Dienst- und
Sachleistungen in der Gesetzlichen Krankenversicherung**

Friedrich Dünisch

*Düss. München
1983*





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Erbringung und Beschaffung
der ambulanten nichtärztlichen Dienst- und
Sachleistungen in der Gesetzlichen Krankenversicherung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Friedrich Dünisch
1935

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
LITERATURVERZEICHNIS	X
Einleitung	1
A) <u>Der Anspruch des Versicherten auf Leistungen der Krankenpflege: Allgemeine Faktoren</u>	4
I. Das Anliegen der GKV, insbesondere der Ver- sicherungsfall "Krankheit"	4
1. Der Krankheitsbegriff der GKV	5
2. Die Kriterien des krankenversicherungs- rechtlichen Krankheitsbegriffs	6
a) Regelwidrigkeit	7
b) Objektivierbarkeit	8
c) Behandlungsbedürftigkeit	9
d) Die materielle Bestimmung des Krank- heitsbegriffs durch gesetzgeberische Maßnahmen	12
II. Die Leistungskategorien der GKV im Überblick	13
1. Restitutionsleistungen	13
a) Die Leistungen im Rahmen der Kranken- pflege (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO, § 13 Abs. 1 KVLG)	14
b) Annexleistungen	15
aa) Nebenleistungen	15
bb) Begleitende Leistungen	15
cc) Ergänzende Leistungen	16
2. Entlastungsleistungen	16
3. Praeventionsleistungen	16

	Seite
III. Der Modus der Leistungserbringung in der GKV	17
1. Das Naturalleistungsprinzip	17
a) Entwicklung und Bedeutung des Naturalleistungsprinzips	18
b) Motive für das Naturalleistungsprinzip	20
2. Modifikationen des Naturalleistungsprinzips	23
a) Fälle der Kostenerstattung	23
aa) Insbesondere: Die Unmöglichkeit der naturalen Leistungsbereitstellung	24
bb) Mangelndes Beschaffungsbedürfnis	26
cc) Sonstige Fälle	27
b) Formen der Selbstbeteiligung	27
aa) Zuschußleistungen; insbesondere: Das Recht der Zahnprothetik	28
bb) Leistungen mit Selbstbehalt	31
IV. Die Begrenzung des Leistungsanspruchs auf das Ausreichende, Zweckmäßige und das Maß des Notwendigen	33
1. Das Wirtschaftlichkeitsgebot als allgemeines Handlungsprinzip der GKV bei Leistungen der Krankenpflege	33
2. Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Bedarfskonkretisierungsmaßstab	34
a) "Zweckmäßig" und "Ausreichend"	35
b) Das Maß des Notwendigen	37
B) <u>Der Inhalt der ärztlichen Behandlungsleistungen, der Personenkreis der hierzu Befugten und Abgrenzung dieser Leistungen von den nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen</u>	39
I. Das sog. "Arztmonopol" in der GKV	39
1. Die gesundheitspolitische Funktion der GKV	39

	Seite
2. Die heilberufsrechtlichen Vorgaben der GKV	40
3. Der Begriff "Ausübung der Heilkunde"	43
a) Der Begriffsinhalt	43
b) Der kurierrechtliche Status der sog. "Heilhilfspersonen"	46
4. Der Begriff der ärztlichen und der zahnärztlichen Behandlung im Leistungsrecht der GKV	48
a) Zur historischen Entwicklung	48
b) Die Leistungsinhalte	50
aa) nach der Art der Verrichtung	50
bb) nach den persönlichen Anforderungen	52
cc) Ärztliche Sachleistungen	56
II. Die Abgrenzung der nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen von den ärztlichen Behandlungsleistungen	58
1. Der Heilmittelbegriff als Einstieg in die nichtärztlichen Leistungen	59
a) Der Heilmittelbegriff	59
b) Kritische Anmerkungen zum Heilmittelbegriff	62
2. Dem Arzt und Zahnarzt gleichgestellte Behandler	63
a) Arztgleiche Behandler	63
b) Zahnarztgleiche Behandler	65
III. Das Arztmonopol kritisch betrachtet	66
1. Allgemeines	66
2. Zur Frage der Einbeziehung nichtärztlicher Heilbehandler	68
a) Der Dentistenbeschluß des Bundesverfassungsgerichts	69
b) Die Rechtslage hinsichtlich der Heilpraktiker	70

	Seite
aa) Der Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG	71
bb) Der Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG	74
c) Die Rechtslage hinsichtlich psychotherapeutisch tätiger Diplom-Psychologen	76
aa) Die leistungsrechtliche Einordnung nichtärztlicher psychotherapeutischer Leistungen und die Frage des Sicherstellungsadressaten	77
bb) Zur Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Entscheidung	84
C) <u>Die Tatbestände der nichtärztlichen Krankenhilfeleistungen</u>	85
I. Nochmals: Der Leistungstatbestand "Heilmittel"	85
II. Die sonstigen nichtärztlichen Krankenpflegeleistungen	85
1. Dienstleistungen	86
a) Belastungserprobung und Arbeitstherapie	86
b) Häusliche Krankenpflege	87
aa) Der Leistungsinhalt	87
bb) Die Vorbehaltsklausel	89
c) Haushalts- und Betriebshilfe	90
d) Förderung von Behindertensport	91
2. Sachleistungen	91
a) Arznei-, Verband-, Heilmittel und Brillen	92
aa) Die Abgrenzung von Heil- und Arzneimitteln	92
bb) Verbandmittel	95
cc) Brillen	95
b) Hilfsmittel	96
c) Das Ausmaß des Anspruchs auf Sachleistungen in sachenrechtlicher Hinsicht	99
aa) Nicht verbrauchbare Sachleistungen	99
bb) Implantate	101

	Seite
3. Unbenannte Dienst- und Sachleistungen	102
III. Besondere Leistungsvorbehalte bei Inanspruchnahme nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen	104
1. Die Bewilligung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen kraft ärztlicher Verordnung	105
a) Gesetzliche Verordnungsvorbehalte	106
b) Alleinbefugnis der Kassenärzte zur Verordnung nichtärztlicher Leistungen?	106
2. Zur Frage der Inanspruchnahme nicht-ärztlicher Dienst- und Sachleistungen ohne ärztliche Mitwirkung	109
a) Die Regel: Nichtärztliche Leistungen als Teil der dem Arzt vorbehaltenen Heilbehandlung	110
b) Ausnahmen von der Regel	112
3. Die Bewilligung nichtärztlicher Leistungen ohne kassenärztliche Verordnung	115
a) Genehmigungsvorbehalte	115
b) Unmittelbare Inanspruchnahme nicht-ärztlicher Leistungen durch den Versicherten?	117
c) Kontrolle durch Einschaltung des vertrauensärztlichen Dienstes	118
D) <u>Die Leistungserbringer in der GKV</u>	121
I. Die institutionelle Einteilung der Leistungserbringer in der GKV	121
II. Berufe im Dienste der Gesundheit	126
1. Dienstleistungserbringer	127
a) Der Wandel der Berufsbilder und der Rollenverteilung im Dienstleistungssektor des Gesundheitswesens	127
b) Berufsrechtliche Aspekte und ihre Bedeutung für die Leistungserbringung in der GKV	129

aa) Allgemeine Aspekte	126
bb) Inhalt und Intensität berufsrechtlicher Regelungen bei Dienstleistungsberufen des Gesundheitswesens	128
(1) Heilberufe	128
(a) Zur berufsrechtlichen Ordnung	128
(b) Zur kassenarztrechtlichen Ordnung	129
(2) Heilhilfsberufe	130
(a) Zur berufsrechtlichen Ordnung	130
(b) Zuordnung der Heilhilfsberufe und anderer nichtärztlicher Berufe des Gesundheitswesens zu den nichtärztlichen Dienstleistungen im Rahmen der Krankenhilfe	133
(3) Hebammen	135
(4) Ärztliche Hilfsberufe	136
(5) Sonstige gesundheits- und sozialpflegerisch relevante Berufe	136
2. Sachleistungserbringer	137
a) Das Gesundheitshandwerk	137
b) Der medizinisch-technische Fachhandel	139
c) Apotheker	140
<u>E) Die Bereitstellung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen in der GKV</u>	143
I. Der Sicherstellungsauftrag der Krankenkassen	143
II. Die Leistungssicherstellung durch Dritte (Fremdabgabe) als faktische Regel	144
1. Zur historischen Entwicklung der vertraglichen Leistungssicherstellung durch Dritte	145
a) Die Rechtslage nach dem Arbeiter-Krankenversicherungsgesetz (1883)	145
b) Die (ursprüngliche) Rechtslage nach der Reichsversicherungsordnung	146

	Seite
2. Die Sonderentwicklung bei Ärzten, Zahnärzten, Hebammen und Krankenhäusern	146
a) Die Sicherstellung der ärztlichen Behandlung	147
b) Die Sicherstellung der zahnärztlichen Leistungen	151
c) Die Sicherstellung der Hebammenhilfe	153
d) Die Sicherstellung der (stationären) Krankenhauspflege	155
3. Die Sicherstellung der sonstigen (nicht- ärztlichen) Dienst- und Sachleistungen: Grundsätzliche Aspekte der herrschenden Sicherstellungspraxis	157
a) Kollektivvereinbarungen	158
aa) Die Vertragspartner auf der Kassenseite	160
bb) Die Vertragspartner auf der Leistungserbringerseite	161
(1) Berufskammern	163
(2) Innungen und Innungsverbände	164
(3) Privatrechtliche Berufsverbände	165
(4) Nicht verbandsgebundene Berufs- angehörige	166
b) Individualrechtliche Beziehungen	167
aa) mit einzelnen Leistungsanbietern	167
bb) mit den Wohlfahrts- und Hilfs- organisationen	169
4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Kranken- kasse und Leistungserbringer	169
a) Die begünstigten Leistungsanbieter	169
b) Das Leistungsbeschaffungsverhältnis	172
aa) Vergütungen im Rettungswesen	172
bb) Krankenhauspflegesätze	173
cc) Arzneimittelpreise	174
dd) Beförderungsentgelte im gewerb- lichen Krankentransportwesen	175
c) Das Verschaffungsverhältnis als dritt- begünstigendes Rechtsgeschäft	176

	Seite
5. Die Anforderungen an den Leistungserbringer	179
a) Zugangsanforderungen	180
b) Die Zugangsentscheidung der Krankenkasse	183
c) Tätigkeitsanforderungen	183
d) Die Beendigung der Berechtigung zur Leistungserbringung	185
6. Der Anspruch auf Zugang zur Leistungserbringung	186
a) Zur Problematik	186
b) Zur ursprünglichen Rechtslage und Zulassungspraxis	187
c) Zur heutigen Rechtslage	189
aa) Die Kassenarzturteile des Bundesverfassungsgerichts	189
bb) Folgerungen für den Zugang selbstständig tätiger nichtärztlicher Leistungsanbieter zur Leistungserbringung	190
(1) Die sozialrechtlichen Sicherstellungsregelungen als untauglicher Ansatzpunkt	190
(2) Grundrechtsbedingter Kontrahierungszwang?	191
(3) Der kartellrechtliche Lösungsweg des BGH	195
(4) Eigene Stellungnahme	196
III. Leistungssicherstellung durch Eigeneinrichtungen der Krankenkassen (Selbstabgabe)?	205
1. Zur Problematik	205
2. Regelungsansätze innerhalb und außerhalb des Rechts der GKV	208
a) Ärztliche und zahnärztliche Versorgung	208
b) Krankenhäuser und Genesungsheime	209
c) Hebammenhilfe und Rettungsdienste	211
d) Ambulante Pflegedienste	212
e) Arzneimittelversorgung	213

	Seite
3. Zur Zulässigkeit der Selbstabgabe sonstiger nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen	214
a) Die ältere Auffassung	215
b) Der heutige Meinungsstand	218
aa) Die (bisher) herrschende Meinung	218
bb) Die Gegenposition	220
4. Eigene Stellungnahme	224
a) Zum Gesetzesvorbehalt des IV § 30 Abs. 1 SGB	224
b) Die Selbstabgabe als mögliche Form zur Verwirklichung des Sicherstellungsauftrags der Krankenkassen	230
c) Grenzen der Eigenleistungsbefugnis der Krankenkassen	244
aa) Krankenversicherungsrechtliche Grenzen	244
bb) Grundrechtliche Grenzen	247
d) Ergänzende Erwägungen	253
F) <u>Anhang: Rechtsnatur und Rechtsform von Beziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern nicht-ärztlicher Dienst- und Sachleistungen sowie Rechtswegfragen</u>	257
I. Die Rechtsnatur der Maßnahmen zur Sicherstellung der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung, der Hebammenhilfe und der Krankenhauspflege	257
II. Die Rechtsnatur der Maßnahmen zur Sicherstellung der übrigen (nichtärztlichen) Dienst- und Sachleistungen sowie Rechtswegfragen	258
1. Der Meinungsstand	259
2. Eigene Stellungnahme	264
a) Zur Rechtsnatur	264
b) Zur Rechtswegfrage	

LITERATURVERZEICHNIS

- Andreas, Manfred Die Gewährung der Krankenhauspflege durch bestimmte Krankenhäuser, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, S. 2344 f.
- Verfassungswidriger Numerus clausus für Vertragskrankenhäuser gemäß Paragraph 371 RVO, Arztrecht (ArztR) 1980, S. 40 ff.
- Aye/Brockhoff/Dersch/
Göbelmann/Knoll/
Schieckel/Schroeter RVO - Kommentar zum gesamten Recht der Reichsversicherungsordnung, einschließlich zwischenstaatlicher Abkommen und internationaler Übereinkommen (RVO-Gesamm.), Wiesbaden 1967,
Stand: 64. Lief., Dezember 1981
- Bachof, Otto Freiheit des Berufs in: Handbuch der Grundrechte; Band III/1 (Hrsg: Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner); Berlin 1958
- Barnewitz, Joachim Die Gewährung der Krankenhauspflege durch bestimmte Krankenhäuser, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, S. 1891 f.
- Barth, Jochen Häusliche Krankenpflege - Probleme bei der Praktizierung des § 185 RVO - Die Ortskrankenkasse (DOK) 1982, S. 212 ff.
- Behrends, Behrend Die Eigentumsverhältnisse an den Gegenständen der Krankenpflege, insbesondere an Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln Die Ortskrankenkasse (DOK) 1978, S. 181 ff.

Beske, Fritz/
Zalewski, Thomas

Gesetzliche Krankenversicherung;
Analysen - Probleme - Lösungsansätze,
Kiel 1981

-

GKV-Selbstbeteiligung:
Argumente pro und contra,
Zahnärztliche Mitteilungen
(ZM) 1982, S. 10 ff.

Bettermann, Karl-August

Die Bindung der Sozialbehörden an
Gesetz und Recht
in: Rechtsschutz im Sozialrecht
- Beiträge zum Ersten Jahrzehnt der
Rechtsprechung des Bundessozial-
gerichts -
(Hrsg.: v. Weber, Ule, Otto Bachof);
Köln, Berlin, Bonn, München 1965

Biese, A. F./
Lüttgen, Roderich/
Versen, P./
Kerutt, H. (Hrsg.)

Handbuch des Rettungswesens,
Hagen 1978

Binz, Mathias/
Engels, Anton/
Ohlrogge, Mathias

Zahnärzte, Zahntechniker und Kran-
kenkassen
(Loseblattwerk), Bonn, Stand: 1979

Bley, Helmar

Sozialrecht, 3. Auflage,
Frankfurt a. M., 1980

Bley, Helmar/
Gitter, Wolfgang/
Gurgel, Hans-Joachim/
Heinze, Helmut/
Knopp, Anton/Müller, Paul/
Schneider-Danwitz, Norbert/
Schroeter, Kurt

Kommentar zum gesamten Recht der
Sozialversicherung einschließlich
zwischenstaatlicher Abkommen und
internationaler Übereinkommen
(SGB-SozVers-GesKomm.)
Wiesbaden, Stand: Dezember 1981

Bockelmann, Paul

Strafrecht des Arztes,
Stuttgart, 1963

-

Das Ende des Heilpraktikergesetzes,
NJW 1966, S. 1145 ff.

- Bogs, Harald Verfassungsrechtliche Gebundenheit
der öffentlichen Hand bei Bedarfs-
deckungsgeschäften,
Betriebs-Berater (BB) 1963, S. 1269 ff.
- Bogs, Walter Rechtliche Grenzen kassenärztlicher
Kooperation
- freier Beruf und Gewerbe -
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGb) 1977, S. 217 ff.
- Brackmann, Kurt Handbuch der Sozialversicherung,
Bände I/2 und II
(Krankenversicherung),
St. Augustin, Stand: 57. Lief.,
Mai 1982
- Zum Rechtsweg in Wettbewerbsstreit-
igkeiten bei Beteiligung einer
öffentlich-rechtlichen Körperschaft
der Sozialversicherung,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1982, S. 84 ff.
- Brandstetter, Arnulf Der Erlaß von Berufsordnungen durch
die Kammern der freien Berufe,
Berlin, 1971
- Braun, Rolf Die Entwicklung der zahnärztlichen
Versorgung in der gesetzlichen
Krankenversicherung
in: Horst Peters (Hrsg.), Sozial-
recht und Sozialpolitik
(= Festschrift für Kurt Jantz),
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968
- Bürk, Wilfried Der juristische und medizinische
Krankheitsbegriff,
Die Leistungen der gesetzlichen
Krankenversicherung
(Die Leistungen), 1970, S. 230 ff.
- Burdenski, Wolfhart/
v. Maydell, Bernd/
Schellhorn, Walter Kommentar zum Sozialgesetzbuch -
Allgemeiner Teil (SGB-AT),
Neuwied und Darmstadt, 1976

- Denninger, Erhard Zur kassenärztlichen "Verschreibungsfähigkeit" zugelassener Arzneimittel, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981, S. 619 f.
- Deutscher Sozialgerichtsverband
(Schriftenreihe) Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, Wiesbaden 1971
- Band XV: Arzt und Gesellschaft, ohne Jahresangabe (1976)
- Droste, W. H. Verschreibungsfähigkeit von Arzneimitteln im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung, Arztrecht (ArztR) 1980, S. 240 ff.
- Eberhardt, Dietrich Sozialrecht und Zivilrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 171. Band, S. 289 ff.
- Emmerich, Volker Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg, 1969
- Fiskalgeltung der Grundrechte; Juristische Schulung (JuS) 1970, S. 332 ff.
- Faude, Michael Der Krankheitsbegriff in der gesetzlichen Krankenversicherung und die nach §§ 102, 104 versicherten Risiken. Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1970, S. 374 ff.
- v. Ferber, Christian Das sozialtherapeutische Instrumentarium der Gesundheitshilfe - eine kritische Analyse der Situation in der Bundesrepublik Deutschland in: Medizin und soziale Dienste in gemeinsamer Verantwortung (= Kongreßbericht 1977 der Deutschen Zentrale für Volksgesundheitshilfe e.V.), S. 20 ff.

- | | |
|---------------------------------|---|
| Forsthoff, Ernst | Der Staat als Auftraggeber,
Stuttgart, 1963 |
| Fricke, Ernst | Zahnärztlich-prothetische Behandlung als ärztliche Behandlung,
Zahnärztliche Mitteilungen
(ZM) 1955, S. 715 ff. |
| Fuisting | Die Versorgung mit Arznei in ihrer
Beziehung zur ärztlichen Verordnung,
Die Krankenversicherung
(KV) 1931, S. 6 ff. |
| Gallwas, Hans-Ullrich | Faktische Beeinträchtigungen im
Bereich der Grundrechte,
Berlin, 1970 |
| Gerber, Albert | Die Eingliederung von Prothesen als
Aufgabe des Zahnarztes und das
Arbeitsgebiet des Zahntechnikers,
Zahnärztliche Mitteilungen
(ZM) 1960, S. 958 ff. |
| Gillhausen, G. | Das Berufsrecht des Heilpraktikers,
Essen, 1953 |
| Häberle, Peter | Grundrechte im Leistungsstaat,
Veröffentlichungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer
(VVDStRL) Heft 30, S. 43 ff. |
| Häussler, Siegfried | Gesundheitspolitik
- Reform durch Zwang oder Einsicht? -
Köln, 1976 |
| Mahn, Julius | Das Krankenversicherungsgesetz,
5. Auflage,
Groß-Lichterfelde, 1907 |
| Hanau, Peter/
Adomeit, Klaus | Arbeitsrecht, 6. Auflage,
Frankfurt a. M., 1961 |

Hauck, Karl/
Haines, Hartmut (Hrsg.)

Sozialgesetzbuch,
SGB I (Allgemeiner Teil):
Berlin, 1976,
Stand: 4. Lief., Mai 1981
SGB IV/1 (Gemeinsame Vorschriften
für die Sozialversicherung),
Berlin, 1977,
Stand: 2. Lief., Mai 1979
SGB X/1,2 (Verwaltungsverfahren und
Schutz der Sozialdaten),
Berlin, 1981,
Stand: 2. Lief., September
1981

Heinemann, Gustav W.
und Peter J./
Liebold, Rolf

Kassenarztrecht, 5. Auflage,
Wiesbaden, 1978,
Stand: 1. Lief., Januar 1976,
Band III: 4. Auflage,
Stand: 32. Lief., Dezember 1977

Heinlein, Waldemar

Hauspflege und Haushaltshilfe im
Rahmen der Krankenhilfe,
Die Leistungen der gesetzlichen
Krankenversicherung
(Die Leistungen)
1969, S. 65 ff.

Heinze, Helmut

siehe bei Aye/Brockhoff/Dersch u.a.

Henning, Klaus J.

Der Nachweis der Wirksamkeit von
Arzneimitteln,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1981, S. 1081 ff.

Herder-Dorneich, Philipp

Analyse der gesetzlichen Kranken-
versicherung,
Berlin, 1965

-

Die gesetzliche Krankenversicherung
in der Wohlstandsgesellschaft,
Die Betriebskrankenkasse
(BKK) 1966, Sp. 400 ff.

-

Reform oder Weiterentwicklung der
gesetzlichen Krankenversicherung
(unter Mitwirkung von R. Balthasar
und W. Gerdemann),
Berlin, 1971

- Hermann, J. Probleme der französischen Krankenversicherung, Der Kompass, 1976, S. 122 f.
- Hess, Arnold/
Venter, Robert Handbuch des Kassenarztrechts, Band I: Das Gesetz über Kassenarztrecht, Köln, 1955
- Hoernigk, Rudolf Kostendämpfung in der Krankenversicherung, Der Betriebs-Berater (BB) 1977, S. 1261 ff.
- Hoffmann, Franz/
Kreil, J. Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, 2. Band: Krankenversicherung, 9. Auflage, Berlin, 1939
- Hoffmann, Heinrich Gesundheitsrecht und Berufsfreiheit, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1962, S. 541 ff.
- Huber, Ernst R. Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (II), Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1956, S. 135 ff.
- Hubmann, Heinrich Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Wirtschaft und Verwaltung (WiVerw) 1982, S. 41 ff.
- Hugger, Werner Handlungsspielraum und Entscheidungsfähigkeit des politisch-administrativen Systems der Bundesrepublik Deutschland untersucht am Beispiel Gesundheitswesen (Speyerer Forschungsberichte 10), Speyer, 1979
- Institut für freie Berufe an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg Struktur und Bedeutung der freien Berufe in der Bayerischen Wirtschaft, Band 2: Heilberufe, Erlangen, 1980

- Ipsen, Jörn Rechtsfragen der staatlichen Entgeltfestsetzung für den Krankentransportverkehr,
Die Ortskrankenkasse
(DOK) 1977, S. 84 f.
- Jahn, Kurt (Hrsg.) Sozialgesetzbuch für die Praxis,
2 Bände,
Freiburg i.Br., 1976 ff.,
Stand: 13. Lief., April 1982
- Allgemeine Sozialversicherungslehre,
Stuttgart, 1965
- Sozialversicherung und Staat
in: Festschrift für Horst Schieckel,
(Hrsg.: Klaus Müller),
Percha, Kempfenhausen, 1978
- Jung, Eberhard Das Recht auf Gesundheit,
München 1982
- Kirchhof, Paul Der Leistungswettbewerb unter Einsatz
der Beitragshoheit,
Deutsches Verwaltungsblatt
(DVBl) 1982, S. 937 ff.
- Klein, Hans. H. Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb,
Stuttgart, 1963
- Koenigs, Folkmar Diskriminierung durch Allgemeine
Ortskrankenkasse,
Juristische Schulung
(JuS) 1962, S. 342 ff.
- Kopp, Ferdinand Verwaltungsverfahrensgesetz
(VwVfG), 2. Auflage, München, 1960
- Verwaltungsprozeßordnung
(VwGO), 5. Auflage, München 1981
- Die Entscheidung über die Vergabe
öffentlicher Aufträge und über den
Abschluß öffentlich-rechtlicher
Verträge als Verwaltungsakte?
Bayerische Verwaltungsblätter
(BayVBl) 1960, S. 609 ff.

- | | |
|--|--|
| Kracht, Friedrich | Kartellrechtliche Beurteilung der Praxis der Sozialversicherungsträger, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1962, S. 187 ff. |
| Krämer, Bernd | Das Recht der Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung und des Arztrechtes, jur. Dissertation, Bonn, ohne Angabe des Erscheinungsjahres |
| Krause, Peter/
v. Maydell, Bernd/
Merten, Detlef/
Maydam, Jan | Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (GK-SGB IV), Neuwied und Darmstadt, 1978 |
| Krauskopf, Dieter (Hrsg.) | Soziale Krankenversicherung, 2. Auflage, München, 1977, Stand: 5. Lief., Januar 1981 |
| - | Beziehungen der Krankenkassen zu ihren Vertragspartnern aus kartellrechtlicher Sicht, Die Ortskrankenkasse (DOK) 1972, S. 835 ff. |
| - | Zur Zulässigkeit von Lieferverträgen zwischen Krankenkassen und Ärzten, Die Ortskrankenkasse (DOK) 1977, S. 948 ff. |
| - | Zur Zulässigkeit von Eigenbetrieben der Krankenkassen, Die Ortskrankenkasse (DOK) 1982, S. 569 ff. |
| Krengel, Artur | Kann eine Krankenkasse die Bezahlung einer von einem Kassenarzt verordneten Brille ablehnen, wenn das Rezept vorher von der Kasse nicht genehmigt war?
Die Arbeiterversorgung (ArbVers) 1936, S. 34 |
| Küchenhoff, Günther | Die berufliche Tätigkeit der Zahnärzte,
Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1969, S. 361 ff. |

- Küchenhoff, Günther Soziale Krankenkassen, Kassenärztliche Vereinigungen und Arzneimittelhersteller,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1976, S. 1 ff.
- Die neuen Arzneimittelrichtlinien in verfassungsrechtlicher Sicht,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1979, S. 89 ff.
- Staat oder Stand?
Ist das nochmals die Frage?
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1980, S. 133 ff.
- Staat oder Stand im Arzneimittelrecht,
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, S. 1890 f.
- Kühne, Bruno Krankenversicherung
(unter Mitwirkung von Horst Peters),
2. Auflage, Berlin-Lichterfelde, 1939
- Die Arznei als Kassenleistung,
Die Arbeiterversorgung
(ArbVers) 1930, S. 17 ff.
- Kühne, B./Hartrath, H. Vertrauensarztrecht (mit Nachträgen)
Berlin-Lichterfelde, 1937 - 1940
- Kühne, Hans-Heiner/
Schwaiger, Henning Zum Recht der Heilbehandlung durch Psychologen,
Bern, Stuttgart, Wien, 1976
- Kuhns, Richard R. (Hrsg.) Das gesamte Recht der Heilberufe,
1976
- Kunert, Franz-Josef Staatliche Bedarfsgeschäfte und öffentliches Recht,
1976
- Laufs, Adolf Arztrecht, 2. Auflage, München, 1976
- ...
- ...

- Leibfried, Stephan/
Tennstedt, Florian
- Verfehlte Optik? Gezielte Rezeptur?
- Einiges über Eigenbetriebe der
Krankenkassen und ein privat(isie-
rend)es Rechtsgutachten -,
Zeitschrift für Sozialreform
(ZSR) 1980, S. 695 ff.
- Lekon, Ernst
- Der Krankheitsbegriff in der ge-
setzlichen Krankenversicherung,
Die Leistungen der gesetzlichen
Krankenversicherung
(Die Leistungen) 1971, S. 257 ff.
- Lepa, Manfred
- Der Inhalt der Grundrechte nach der
Rechtsprechung,
4. Auflage, Bonn, 1981
- Liebold, Rolf
- Die "Große Psychotherapie" in der
kassenärztlichen Versorgung,
Die Ortskrankenkasse
(DOK) 1967, S. 577 ff.
- Mallmann, Walter
- Schranken nicht hoheitlicher Ver-
waltung,
Veröffentlichungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer
(VVDStRL) Heft 19, S. 165 ff.
- Marburger, Horst
- Das Naturalleistungsprinzip in der
gesetzlichen Krankenversicherung
und seine Ausnahmen,
Das Öffentliche Gesundheitswesen
(ÖGW) 1979, S. 357 ff.
- Marcetius, Karl
- Arzneimittelrecht
- Entscheidungssammlung -
2. Auflage, München, Berlin, 1955
- Marquart, H.
- Eigenbetriebe der Krankenkasse,
Die Arbeiter-Versorgung
(ArbVers.) 1914, S. 493 ff.
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman/
Jochims, August
- Grundgesetz,
München,
Stand: 19. Lief., September 1981

- v. Maydell, Bernd/
Scholz, Rupert Grenzen der Eigenwirtschaft gesetz-
licher Krankenversicherungsträger,
Berlin, 1980
- v. Maydell, Bernd Zum Arzneimittelbegriff nach dem
Arzneimittelgesetz 1976, darge-
stellt am Beispiel der Kontakt-
linsen,
Zentralblatt für Sozialversicherung,
Sozialhilfe und Versorgung
(ZfS) 1979, S. 193 ff.
- Menger, Christian-Friedrich Zur Frage des Rechtswegs bei Wett-
bewerbsstreitigkeiten zwischen
Privaten und öffentlicher Hand,
Verwaltungsarchiv
(VerwArch) 1977, S. 293 ff.
- Mertens, Hans-Joachim Das Recht auf Gleichbehandlung im
Verwaltungsprivatrecht
- BGHZ 29, 76,
Juristische Schulung
(JuS) 1963, S. 391 ff.
- Meydam, Jan Zum Sachleistungsprinzip in der
gesetzlichen Krankenversicherung,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGb) 1977, S. 92 ff.
- Das Monopol des Kassenarztes und
die Berufsfreiheit; Gibt es einen
neuen Beruf des "kassenrechtlichen
Heilbehandlers"?
Die Betriebskrankenkasse
(BKK) 1970, S. 331 ff.
- Privatrechtsordnung und Vollzug
öffentlich-rechtlicher Sozial-
gesetzgebung,
Die Sozialversicherung
(SozVers) 1980, S. 201 ff.
- Meyer, Hans Die Selbstabgabe von Arznei- und
Heilmitteln durch die Kranken-
kassen,
Apothekerzeitung
1980, S. 1000 ff.

- Meyer-Ladewig, Jens Sozialgerichtsgesetz,
2. Auflage,
München, 1981
- Zweifelsfragen über den richtigen
Rechtsweg in sozialrechtlichen
Streitigkeiten in der Rechtsprechung,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1979, S. 401 ff.
- Mrozynski, Peter Rehabilitationsrecht,
München, 1979
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 2,
München, 1979
- Musculus, Kurt Die Genehmigung von ärztlichen
Sachleistungen, Heil- und Hilfs-
mitteln,
Die Ortskrankenkasse
(DOK) 1968, S. 666 ff.
- Narr, Helmut Ärztliches Berufsrecht,
- Ausbildung - Weiterbildung -
Berufsausübung -
2. Auflage, Köln 1977,
Stand: 3. Lief., Juni 1981
- Oehler, Helmut/
Schultz, Norbert Rettungsdienst in Bayern
- Kommentar zum Bayer. Gesetz über
den Rettungsdienst (BayRDG) -
Köln, München, 1975
Stand: 3. Lief., Juni 1980
- Ossenbühl, Fritz Die Interpretation der Grundrechte
in der Rechtsprechung des Bundes-
verfassungsgerichts,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1976, S. 2100 ff.
- ..., Friedrich Die Rechtsnatur von Kontaktlinsen
nach dem Arzneimittelgesetz 1976,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1977, S. 1299 ff.

- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch,
40. Auflage,
München, 1981
- Palm, Ulrich
Der Begriff der kassenärztlichen
Versorgung,
jur. Dissertation,
Würzburg, 1967
- Peters, Horst (u.a.)
Handbuch der Krankenversicherung,
Teil I (Sozialgesetzbuch; 3 Bände):
Stand: 21. Lief.,
August 1981
Teil II (Krankenversicherung;
3 Bände): 17. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz, 1968; Stand: 66. Lief.,
September 1981
- Peters, Horst
Handbuch der Krankenversicherung,
Band 2,
Stuttgart und Köln, 1954
- Zur Konformität der Kassenleistungen
und der kassenärztlichen Versorgung,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1965, S. 257 ff.
- Geschichte der sozialen Versicherung,
3. Auflage,
St. Augustin, 1978
- Brillen und Kassen,
Zeitschrift für Sozialreform (ZSR)
1970, S. 474 ff.
- Pfeffer-Küppers, Marina
Elisabeth u.a.
Aspekte der ärztlichen Versorgung
in Frankreich,
Band 8 der Schriftenreihe des
Marburger Bundes,
Köln, 1970
- Picard, Ernst
Die Änderung des Leistungsrechts
der Krankenversicherung durch das
Rehabilitations-Angleichungsgesetz,
Die Ortskrankenkasse
(DOK) 1974, S. 842

- Pieck, Johannes Zwangsrabatt und Rechtsordnung,
Pharmazeutische Zeitung 1969,
S. 1567 ff.
- Rechtsfragen im Verhältnis zwischen
Apothekern und Krankenkassen,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1970, S. 1219 ff.
- Podleschny, Horst Heil- und Hilfsmittel in der
Krankenversicherung,
Die Leistungen der gesetzlichen
Krankenversicherung
(Die Leistungen) 1971, S. 97 ff.
- Pohl, Heribert Zahnheilkunde und Verfassungsrecht,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1970, S. 124 f.
mit Erwidern von Günther Küchenhoff
(ebenda, S. 125 ff.)
- Die Rechtsstellung des Zahnersatzes
nach dem Kostendämpfungs-Ergän-
zungsgesetz,
Zahnärztliche Mitteilungen (ZM)
1982, S. 468 ff.
- Psyk, Paul "Ärztliche Sachleistungen" oder
"Heilmittel",
Die Krankenversicherung
1960, S. 25 ff.
- Püttner, Günter Die öffentlichen Unternehmen,
Bad Homburg v.d.H., 1969
- Raible, Adalbert Die häusliche Krankenpflege als
Leistung der sozialen Krankenver-
sicherung,
Zentralblatt für Sozialversicherung,
Sozialhilfe und Versorgung
(ZfS) 1973, S. 124 ff.
- RGRK "Das BGB" herausgegeben von Reichs-
gerichtsärzten und Bundesrichtern,
10./11. Auflage, Berlin 1964
(BGB-RGRK)

Rothsching, Hans

Nochmals: Die Rechtsnatur von Kontaktlinsen nach dem Arzneimittelgesetz 1976,
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981, S. 2508 ff.

Rohwer-Kahlmann, Harry

Oberlandesgericht untersagt Kasse schlicht - hoheitliche Tätigkeit, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1980, S. 92 ff.

-

Die Sozialleistung der "Versorgung mit Brillen" (§§ 179 Abs. 1, 182 Abs. 1 Nr. 1 lit b, 182 Abs. 2 RVO) als gesetzliche Hoheitsaufgabe der Krankenkassen (§ 225 RVO) und die Zulässigkeit ihrer Erfüllung durch kasseneigene Abgabestellen, Zeitschrift für Sozialreform (ZSR) 1980, S. 197 ff.

-

Hoheitliche Aufgaben der Krankenkassen und unlauterer Wettbewerb, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1980, S. 39 ff.

-

Die Rechtsstellung der Augenoptiker als zugelassene Verwaltungshelfer der Krankenkassen
in: Festschrift für Georg Wannagat (Hrsg: Wolfgang Gitter, Werner Thieme und Hans F. Zacher), Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, S. 351 ff.

-

BGH untersagt RVO-Kassen die Selbstabgabe von Brillen.
Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1981, S. 352 ff.

Rohwer-Kahlmann, Harry/
Ströer, Heinz

Sozialgesetzbuch,
Allgemeiner Teil (SGB I),
München, 1979

Rüfner, Wolfgang

Formen öffentlicher Verwaltung
im Bereich der Wirtschaft,

-

Neuregelung der sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnisse,
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981, S. 1000 ff.

- Rüfner, Wolfgang
Grundrechtliche Leistungsansprüche
in: Festschrift für Georg Wannagat
(Hrsg. Wolfgang Gitter, Werner
Thieme und Hans F. Zacher)
Köln, Berlin, Bonn, München, 1981,
S. 379 ff.
- Rupp, Hans Heinrich/
v. Olshausen, Henning
Die verfassungsrechtliche Situation
der nichtärztlichen Heilberufe
in: Armand Mergen (Hrsg.),
Die juristische Problematik in der
Medizin, Band 1: Der Arzt und seine
Beziehung zum Recht,
München, 1971
- Sander, Axel/
Scholl, Hans-Otto
Arzneimittelrecht
(unter Mitwirkung von Hans E.
Köbner),
Stuttgart, 1977,
Stand: 7. Lief., Juli 1981
- Schäfer, Hans
Das neue Konzept der Medizin:
Die psychosozialen Bedingungen von
Gesundheit und Krankheit
DOK 1978, S. 733 ff.
- Schallen, Rolf
Die Einbeziehung der zahntechnischen
Leistungen in das System des Kassen-
arztrechts,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGb) 1978, S. 270 ff.
- Schede, F./Güntz, E.
Richtlinien für die ärztliche Ver-
ordnung von Krankengymnastik,
Ärztliche Mitteilungen
(ÄM) 1962, S. 327
- Scherer, Georg
Die Eigenbetriebe der Krankenkasse,
Pharmazeutische Zeitung, 1926, S. 18

- Schiedermaier, Rudolf/
Pieck, Johannes Apothekengesetz,
3. Auflage,
Frankfurt a. M., 1981
- Schimmelpfeng, Ruth Nichtärztliche Heilberufe und
kassenärztliche Versorgung,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1976, S. 2293 ff.
- Wettbewerb und Sozialversicherung,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1977, S. 1093 f.
- Schimmelpfeng-Schütte, Ruth Die Heil- und Hilfsmittel in der
gesetzlichen Krankenversicherung
unter besonderer Berücksichtigung
der Versorgung mit Brillen,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGb) 1980, S. 379 ff.
- Schipperges, Heinrich/
Seidler, Eduard/
Unschuld, Paul U. (Hrsg.) Krankheit, Heilkunst, Heilung,
München, 1975
- Schipperges, Heinrich Medizinische Dienste im Wandel,
Baden-Baden, 1975
- Schirmer, Dieter Nichtärztliche Psychotherapeuten;
Rechtsfragen der Teilnahme an der
ambulanten psychotherapeutischen
Versorgung der Versicherten der ge-
setzlichen Krankenversicherung,
Die Betriebskrankenkasse
(BKK) 1975, S. 195 ff.
- Schmidt, Sigmund Lexikon für Sachleistungen der ge-
setzlichen Krankenversicherung,
München, 1956,
Stand: 37. Lief., Februar 1961
- Schneider, Horst Die gemeinsame Selbstverwaltung
im Kassenarztrecht,
jur. Dissertation,
Würzburg, 1973

- Schönke/Schröder
Strafgesetzbuch
- Kommentar -,
20. Auflage, München, 1980
- Scholz, Rupert
Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen
Hoheitsträger: Zivil- oder Ver-
waltungsrechtsweg?
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1978, S. 16 ff.
- Schröder-Printzen, Günther
Verweigerung von Krankenscheinen
bei Ersatzkassen,
Die Sozialversicherung
(SozVers) 1966, S. 46 ff.
- Schulte, Bernd/Trenk-
Hinterberger, Peter
Der Gesetzentwurf zum Beruf des
Psychotherapeuten,
Zeitschrift für Rechtspolitik
(ZRP) 1978, S. 287 ff.
- "Psychotherapeut" - ein neuer Heil-
beruf; Aspekte einer gesetzlichen
Regelung der Rechtsstellung nicht-
ärztlicher Psychotherapeuten,
Zentralblatt für Sozialversicherung,
Sozialhilfe und Versorgung
(ZfS) 1979, S. 321 ff.
- Schumacher, Detlef
Psychotherapie und Heilbehandlung
aus rechtlicher Sicht,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1970, S. 1945 ff.
- Seewald, Otfried
Die Beteiligung nichtärztlicher
Heilberufe an der Krankenpflege
nach der Reichsversicherungsordnung,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1981, S. 2493 ff.
- Seide, Herta
Zur Verfassungsmäßigkeit der Über-
gangsregelung des Zahnheilkunde-
gesetzes für Dentisten,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGb) 1970, S. 123
mit Erwiderung von Günther Küchenhoff
(ebenda, S. 125 ff.)

- | | |
|------------------------------------|---|
| Siebeck, Theo | Begriffe der Sozialversicherung
und ärztlichen Versorgung,
Wege zur Sozialversicherung
(WzS) 1960, S. 101 ff. |
| Siewert, Joachim | Rechtsbeziehungen bei der Durch-
führung des Krankentransportes,
Die Sozialversicherung
(SozVers) 1975, S. 146 ff. |
| Silomon, Hero | Sozialmedizin,
St. Augustin, 1973 |
| Soergel/Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch,
10. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz, 1967 |
| Spengler, Andreas | Transsexualität
- eine Krankheit im Sinne der RVO?
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1973, S. 1192 f. |
| Staudinger | Kommentar zum BGB,
10./11. Auflage, Berlin, 1967 ff. |
| Stier-Somlo, Fritz | Reichsversicherungsordnung
nebst Einführungsgesetz,
München, 1915 |
| Tauer, Erich/
Linden, Christian | Private Krankenversicherung,
Wiesbaden, 1965 |
| Theobald, Alfred/
Erdle, Helmut | Das Recht der Heilhilfsberufl.,
Hebammen und Heilpraktiker,
München, 1975;
Stand: 7. Lief., August 1981 |

- Widekamp, Peter Nichtärztliche Psychotherapeuten -
Keine Kostenübernahme mehr,
Die Ersatzkasse 1976, S. 434 ff.
- v. Winterfeld, Achim Konsolidierung im Kassenarztrecht
- Die Entwicklung des Kassenarzt-
rechts im Jahre 1979 -,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1979, S. 2338 ff.
- Wolff, Hans J./
Bachof, Otto Verwaltungsrecht:
- Band I: 9. Auflage, München, 1974,
- Band III: 4. Auflage, München, 1978
- Zacher, Hans F. Der Ärztestreik als Rechtsproblem,
Zeitschrift für Sozialreform
(ZSR) 1966, S. 129 ff.
- Die Rechtsdogmatik sozialer Umver-
teilung,
Die öffentliche Verwaltung
(DÖV) 1970, S. 3 ff.
- Die Geschichte der Arzneimittel-
versorgung in der gesetzlichen
Krankenversicherung
in: Festschrift für Elisabeth
Liefmann-Keil
(Hrsg. Bernhard Kulp und Wolfgang
Stützel), Berlin 1974, S. 201 ff.
- Materialien zum Sozialgesetzbuch,
Percha, Kempfenhausen, 1974;
Stand: 5. Lief., April 1979
- Der Augenoptiker als Faktor der
Brillenversorgung in der Gesetz-
lichen Krankenversicherung,
Percha, Kempfenhausen, 1974
- Zum Sozialgesetzbuch;
Stand und Probleme der Kodifikation
des Sozialrechts,
Archiv für Wissenschaft und Praxis
der sozialen Arbeit 1974, S. 1 ff.
- Krankenkassen oder nationaler Ge-
sundheitsdienst?
- Die Eigenbetriebe der Versiche-
rungsträger und die gewerblichen
und freien Berufe im Gesundheits-
wesen der Bundesrepublik Deutschland
(unter Mitarbeit von Marion Friedrich-
Marczyk), Heidelberg, 1980

Zacher, Hans F./
Friedrich-Marczyk, Marion

Zur Problematik genereller Eigen-
leistungsbefugnis der gesetzlichen
Krankenkassen,
Die Sozialgerichtsbarkeit
(SGB) 1980, S. 505 ff.

Zeidler, Karl

Schranken nichthoheitlicher Ver-
waltung,
Veröffentlichungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer
(VVDStRL) Heft 19, S. 208 ff.

Zuck, Rüdiger

Die Gewährung der Krankenhauspflege
durch bestimmte Krankenhäuser,
Neue Juristische Wochenschrift
(NJW) 1979, S. 590 ff.

Einleitung

Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) in Deutschland kann heute auf die ersten hundert Jahre ihres Bestehens zurückblicken. Als Teil der unter Bismarck im Gefolge der sog. "Kaiserlichen Botschaft" vom 17.11.1881¹⁾ geschaffenen Sozialgesetzgebung verfolgte das "Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter" (KVG) vom 15.6.1883²⁾ den Zweck, das soziale Elend der Arbeiterschaft zu mildern, diese so dem Staat zu verpflichten und damit zugleich der erstarkenden Sozialdemokratie zu entfremden³⁾. Was anfänglich einer verhältnismäßig kleinen Gruppe Notleidender - im Jahre 1895 erfaßte die GKV erst 7,9 Millionen Menschen (= 14,4 % der Gesamtbevölkerung)⁴⁾ - eine bescheidene soziale Sicherung im Krankheitsfall gewährte, hat sich bis heute durch Einbeziehung immer weiterer Bevölkerungskreise - gegenwärtig sind dem Schutz der GKV ca. 93 % der Gesamtbevölkerung anvertraut⁵⁾ - und einhergehend mit einem sukzessiven qualitativen Ausbau des Versicherungsschutzes zu einer der tragenden Säulen der sozialstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland sowie zu einem nicht mehr hinwegzudenkenden Institut öffentlicher Gesundheitssicherung⁶⁾ entwickelt. Die moderne GKV ist indes nicht nur ein kollektiver Garant individueller sozialer und gesundheitlicher Sicherung. Ihre Träger, die Krankenkassen, repräsentieren vielmehr aufgrund des die GKV beherrschenden

1) abgedruckt bei Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 50

2) RGBI S. 73

3) Vgl. Peters, a.a.O., S. 11, 17

4) Vgl. BVerfGE 11, 30 (43); vgl. ferner S. 242, Fn. 316

5) Vgl. Beske/Zalewski, Gesetzliche Krankenversicherung; Analysen - Probleme - Lösungsansätze, S. 25

6) Vgl. Gesundheitsbericht der Bundesregierung, erstattet vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit 1971, S. 6 ff.

Naturalleistungsprinzips auf dem Markt der Gesundheitsgüter heute nahezu die alleinige Nachfragemacht. Sie sind zur Verwirklichung ihrer Aufgabenstellung schon aus administrativen Gründen auf das Vorhandensein einer ausreichenden Zahl von Anbietern einschlägiger Gesundheitsleistungen angewiesen. Der Einfluß der GKV auf Entstehen oder Aufblühen zahlloser "Sozialindustrien" kann schon von daher nicht gering eingeschätzt werden⁷⁾. Genauso aber wie die Krankenkassen auf die Leistungsanbieter angewiesen sind, ist deren Existenz vom Bestehen der GKV abhängig. So betrug etwa der durchschnittliche "Kassenanteil" am Gesamthonoraraufkommen einer allgemeinärztlichen Praxis (im Jahre 1977) 87 %, und bei medizinischen Badebetrieben war die Kassenbehandlung (im Jahre 1979) mit ca. 94 % und bei krankengymnastischen Praxen (im Jahre 1977) immerhin noch mit 81 % am Gesamtumsatz beteiligt⁸⁾. Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit von Krankenkassen und Leistungsanbietern ist deren Heranziehung bei der Verschaffung der von den Krankenkassen ihren Versicherten zu gewährenden Leistungen⁹⁾ logische Konsequenz. Während die Erbringung der ärztlichen Behandlungsleistungen dank einer konsequenten Status-

-
- 7) Vgl. etwa zu den Nachfrageschüben auf dem Krankenhaussektor: Herder-Dorneich in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 28 ff., sowie zur Brillennachfrage: Leibfried/Tennstedt, ZSR 1980, S. 695 (701)
- 8) Vgl. die vom Institut für Freie Berufe an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Jahre 1980 erstellte Analyse "Struktur und Bedeutung der Freien Berufe in der Bayerischen Wirtschaft; Band 2: Heilberufe", S. 46, 337, 361
- 9) In diesem Zusammenhang sei angemerkt, daß sich die Leistungsausgaben der GKV binnen 10 Jahren mehr als verdreifacht haben (1971: 31,1 Mrd. DM; 1981: 95,9 Mrd. DM, davon ambulante nichtärztliche Dienst- und Sachleistungen: 26,1 Mrd. DM). Zur Finanzierung des Leistungsaufwands reichte 1971 noch ein durchschnittlicher Beitrag von 8 % des Grundlohns aus, während heute der durchschnittliche Beitragssatz bereits 12 % beträgt (vgl. Pharmazeutische Zeitung 1982. S. 1332).

und Interessenpolitik der Ärzteschaft in Gestalt des immer weiter fortentwickelten Kassenarztrechts schon verhältnismäßig früh in den Normenbestand des Rechts der GKV aufgenommen wurde, ist die Verschaffung der ambulanten nichtärztlichen Leistungen nach wie vor unvollkommen geregelt. Die Sicherstellung dieser Leistungen war und ist damit vor allem der Gestaltung der Praxis überlassen. Dies darzustellen ist Anliegen der vorliegenden Arbeit. Im Vordergrund steht dabei die planmäßige¹⁰⁾ Erbringung und Beschaffung der im Rahmen der Krankenpflege vorgesehenen ambulanten und außerhalb der kassenärztlichen Versorgung sicherzustellenden nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen. Zentrales Sicherstellungsinstrument ist hierbei der kollektiv zwischen den Verbänden der Krankenkassen und der Leistungserbringer geschlossene "Rahmenvertrag". Da sich bei diesen Verträgen bundesweit einheitliche Strukturen herausgebildet haben, erschien es vertretbar, in der vorliegenden Arbeit repräsentativ nur auf die von den bayerischen Krankenkassenverbänden geschlossenen Rahmenvereinbarungen Bezug zu nehmen.

10) zur "außerplanmäßigen" Leistungsbeschaffung im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 670, 663 BGB) vgl. etwa: Siewert, SozVors. 1975, S. 146 (148 f.); LC Dortmund, DOK 1976, S. 453 mit Anm. Siewert

A) Der Anspruch des Versicherten auf Leistungen der Kranken-
pflge:

Allgemeine Faktoren

Will man das System der Beschaffung ambulanter, nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), insbesondere im Rahmen der Krankenbehandlung, einer näheren Untersuchung unterziehen, so bedarf es zunächst der Betrachtung der Grundstrukturen und der Prinzipien dieser Form öffentlicher Versicherung.

I. Das Anliegen der GKV, insbesondere der Versicherungsfall
"Krankheit"

Die GKV schützt den Menschen aufgrund einer Pflichtversicherung (§§ 165 ff. RVO, § 2 KVLG), einer freiwilligen Versicherung (§§ 176 ff., 313 RVO; §§ 5 ff. KVLG) oder im Rahmen der Familienhilfe (§§ 205 ff. RVO; §§ 32 f. KVLG), eines "Versicherungsverhältnisses"¹⁾ also, traditionell vor den wirtschaftlichen bzw. sozialen Risiken dreier typischer Wechselfälle des täglichen Lebens: Krankheit, Mutterschaft und Tod. Zwar sind in neuerer Zeit auch andere "Ereignisse" vom Gesetzgeber zum Gegenstand des Leistungsrechts der GKV gemacht worden, so etwa die nicht rechtswidrige Sterilisation, der nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch und die Empfängnisregelung (Geburtenplanung) als Anknüpfungspunkte für Sonstige Hilfen nach den §§ 200 e ff. RVO und den §§ 31 a ff. KVLG²⁾. Auch wurde im Zuge der sozialpolitischen Gesetzgebung des vergangenen Jahrzehnts die gesundheitsfürsorgerischen Elemente der GKV wesentlich verstärkt, denkt man einerseits an die Krankheitsvorsorge (vgl. §§ 181 ff. RVO; §§ 8 ff. KVLG), andererseits an die

1) Vgl. Bley, Sozialrecht, S. 92

2) Vgl. Jahn in Festschrift für Schieckel, S. 153 ff. (157), der verneint, daß es sich insoweit um "Versicherungsfälle" handelt.

Rehabilitationsgesetzgebung. Gleichwohl sind die erwähnten drei klassischen Versicherungsfälle³⁾ im Geschehen der GKV qualitativ und quantitativ, juristisch wie ökonomisch, nach wie vor dominant und werden dies auch bleiben. Mit Abstand gilt dies für den Versicherungsfall "Krankheit", der - begrifflich bei weitem nicht so leicht faßbar, wie die beiden anderen Versicherungsfälle - die verbindende Klammer zwischen dem Anspruch des Versicherten auf Leistungen der Krankenhilfe (§§ 182 ff. RVO, §§ 12 ff. KVLG) sowie auf Krankenhauspflege (§ 184 RVO, § 17 KVLG) einerseits und den versicherten Risiken bzw. Bedarfslagen andererseits darstellt.⁴⁾ Das Vorliegen eines Versicherungsfalles ist aber nicht nur gleichbedeutend mit dem Vorliegen eines von der Krankenkasse administrativ zu bewältigenden Leistungsfalles, er ist auch die Basis dafür, ob und inwieweit ärztliche und nichtärztliche Anbieter von Gesundheitsleistung dem Versicherten zu Lasten seiner Krankenkasse Dienst- oder Sachleistungen konkret erbringen können. Der Begriff der "Krankheit" im krankenversicherungsrechtlichen Sinn ist somit in beiderlei Hinsicht vorgreiflich.

1. Der Krankheitsbegriff der GKV

Unstreitig ist zunächst jede krankhafte Erscheinung medizinisch determiniert. Alle Versuche, eine medizinische Definition der Krankheit zustandezubringen, sind indessen fehlgeschlagen.⁵⁾ Die stattdessen von der WHO geschaffene Definition des Gegensatzbegriffs "Gesundheit" als "Zustand vollständigen

3) Bley, Sozialrecht, S. 152 f. vergleicht die Versicherungsfälle des Sozialversicherungsrechts ihrer Struktur nach mit typisierten Schadensfällen; vgl. zu den verschiedenen Deutungen des Versicherungsfallbegriffs ferner: Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 291; Jahn, Allgemeine Sozialversicherungslehre, S. 41 ff.; FSGE 32, 270, 272 f.

4) Vgl. Faude, SGB 1978, S. 374 f.

5) Vgl. Silomon, Sozialmedizin, S. 70

körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens, und nicht nur des Freiseins von Krankheit und Gebrechen"⁶⁾ ist wegen seines idealisierenden, uferlosen Programmsatzcharakters⁷⁾ weder in medizinischer noch in juristischer Hinsicht brauchbar. Umso notwendiger erweist sich daher eine juristische Inhaltsbestimmung des Begriffs "Krankheit". Seine Interpretation durch das Preußische OVG⁸⁾ im Hinblick auf das damalige Arbeiter-Krankenversicherungsgesetz als ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand, der die Notwendigkeit der Heilbehandlung des Menschen oder zugleich oder gar ausschließlich seine Erwerbsunfähigkeit⁹⁾ zur Folge hat, gilt im wesentlichen auch heute noch¹⁰⁾.

2. Die Kriterien des krankenversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriffs

Trotz der äußerlich erstaunlichen Stabilität¹¹⁾ des Krankheitsbegriffs ist dieser, nicht zuletzt wegen des medizinischen Fortschritts, nach wie vor Gegenstand von Erörterungen in Rechtsprechung und Literatur¹²⁾. Die Erörterungen beziehen

6) so die Präambel der Satzung der WHO vom 22.7.1946, abgedruckt in: Verträge der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 259

7) Seidler, Wörterbuch medizinischer Grundbegriffe, Stichwort: "Krankheit und Gesundheit" (S. 172 ff.); Silomon, a.a.O.

8) Vgl. OVGE 13, 335, 336; PreußVBl. Jahrg. 23, S. 602; PrOVGE 42, 308 (310)

9) der damalige Begriff der Erwerbsunfähigkeit entspricht wohl dem heutigen Begriff der Arbeitsunfähigkeit i. S. von § 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO

10) Vgl. die Nachweise bei Brackmann, a.a.O., S. 383; Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 182 RVO, Anm. 2.1

11) Vgl. Bürk, Die Leistungen, 1970, S. 236 ff.

12) Vgl. dazu die Nachweise bei Lekon, Die Leistungen, 1971, S. 257 ff. und S. 296 ff.

sich dabei auf die einzelnen Kriterien vor allem des der GKV zugrundeliegenden Krankheitsbegriffs, jene Regulativa also, die einerseits das - unter dem Aspekt der Machbarkeit - tendenziell expansive medizinische Krankheitsverständnis¹³⁾, andererseits - unter dem Aspekt der Begehrlichkeit - die natürliche subjektive Krankheitsauffassung des Versicherten unter dem Blickwinkel der Notwendigkeit objektiv eingrenzen sollen. Der Versicherungsfall "Krankheit" soll so letztlich insgesamt für die Versichertengemeinschaft kalkulierbar, finanzierbar und damit überhaupt versicherbar gehalten werden¹⁴⁾. Krankheit im Sinne der GKV setzt hiernach einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand voraus, der einerseits objektiv faßbar, andererseits behandlungsbedürftig ist¹⁵⁾.

a) Regelwidrigkeit

Das Merkmal der Regelwidrigkeit soll die "Abweichung (des konkreten Zustandes) von der durch das Leitbild eines gesunden Menschen geprägten Norm" kennzeichnen¹⁶⁾. Seine Bedeutung ist allerdings mehr plakativ als rechtlich fundiert. Zu Recht wird die Brauchbarkeit dieses Kriteriums für den Krankheitsbegriff bezweifelt¹⁷⁾, denn zum einen fehlt nach wie vor ein allgemein gültiger Gesundheitsbegriff, der Maßstab für Normabweichungen sein könnte, zum anderen gibt es wohl kaum einen Menschen, bei dem man nicht durch Anwendung aller Verfahren der modernen Diagnostik nicht irgendeine Normabweichung feststellen könnte¹⁸⁾. Bestätigung findet die Kritik am Regelwidrigkeitsmerkmal immerhin auch dadurch, daß es bisher in keinem Fall wirklich entscheidungserheblich war¹⁹⁾.

13) Vgl. Palm, Der Begriff der kassenärztlichen Versorgung, S. 107

14) Vgl. Siebeck, WzS 1960, S. 105

15) Vgl. dazu Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, S. 384 ff.

16) Vgl. BSGE 26, 240, 242

17) so etwa Lekon, a.a.O., S. 262; Palm, Der Begriff der kassenärztlichen Versorgung, S. 102; Faude, a.a.O., S. 376; ähnlich wohl auch Bürk, a.a.O., S. 230

18) Vgl. Silomon, a.a.O., S. 85

19) so Faude, a.a.O., S. 377

b) Objektivierbarkeit

Ergiebiger für die Frage, welche Bedeutung der Krankheitsbegriff für das Ausmaß der Heranziehung von ärztlichen und nicht-ärztlichen Leistungsgehilfen hat, sind hier schon die Merkmale der "Objektivierbarkeit" und der "Behandlungsbedürftigkeit". Unter der Prämisse, daß nur ein solcher krankhafter Zustand als Krankheit angesehen werden könne, wenn er "wahrnehmbar in Erscheinung" trete, er also "beweisbar und kontrollierbar" ist²⁰⁾, wurden lange Zeit nur somatisch Defekte erfaßt, während psychischen Fehlhaltungen als "Erscheinungsformen sozialer Dekompensation"²¹⁾ bis in die jüngste Zeit die Anerkennung als Krankheit versagt blieb²²⁾. Zwar hatte das RVA²³⁾ in engen Grenzen der Neurose Krankheitswert zugebilligt, doch erst in neuerer Zeit machte das BSG - zunächst zur Rentenversicherung²⁴⁾, dann zur Krankenversicherung -²⁵⁾ den entscheidenden Schritt in ihrer Beurteilung als Krankheit, indem es auf das Fehlen der Willenskraft abstellte, sich von einer unnormalen Erscheinung zu lösen²⁶⁾. Diese Rechtsprechung hat zur einzigen Revision des zitierten Krankheitsbegriffs geführt, die sich durch Einbeziehung anormaler (= regelwidriger) seelischer Zustände auch auf den Wortlaut der Definition ausgewirkt hat²⁷⁾.

20) Vgl. Siebeck, a.a.O.; ebenso Brackmann, a.a.O., S. 384 b

21) Vgl. Schaefer, DOK 1971, S. 781

22) Im Hintergrund stand dabei freilich auch die Furcht, ob "Krankheit überhaupt noch versicherbar ist"; vgl. etwa Siebeck, a.a.O., S. 106; Peters, DOK 1959, S. 462

23) Vgl. RVAE 3238, AN 1926, S. 480

24) Vgl. BSGE 21, S. 189 (190)

25) Vgl. BSGE 31, S. 279

26) Vgl. zur versicherungsrechtlichen Beurteilung dieses Krankheitsbildes die Nachweise bei Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II/1, § 182 RVO, Anm. 3 c bb) (S. 17/267) und Brackmann, a.a.O., S. 384 g

27) Vgl. Brackmann, a.a.O., S. 383, 384 g

Praktisch hat diese Weiterentwicklung des Krankheitsbegriffs zur Konsequenz, daß die Berufsgruppe der Psychologen, der Psychologen und anderer nichtärztlicher Psychotherapeuten, die sich als die berufenen Behandler seelischer Krankheiten verstehen, an der entsprechenden therapeutischen Versorgung der Versicherten beteiligt sein möchte²⁸⁾, eine Konsequenz, die im übrigen zeigt, daß letztlich jede Leistungsausweitung der GKV Bewegung auf der Anbieterseite auslöst²⁹⁾.

c) Behandlungsbedürftigkeit

Das zentrale Merkmal der Behandlungsbedürftigkeit schließlich entscheidet eigentlich darüber, ob im konkreten Fall eine Leistungspflicht der Krankenkasse entsteht. Die Anschauungen darüber haben sich dank moderner sozialgerichtlicher Rechtsprechung weit "nach vorne" verlagert. Behandlungsbedürftigkeit liegt danach bereits vor, wenn die Kassenleistung geeignet ist, den (krankhaften) Zustand mit Aussicht auf Erfolg zu beheben, mindestens aber zu bessern oder vor Verschlimmerung zu bewahren oder um Schmerzen oder sonstige Beschwerden zu lindern³⁰⁾. Ob die geforderten Voraussetzungen vorliegen, muß von der medizinischen Wissenschaft beantwortet werden. Sieht man davon ab, daß in der Vergangenheit hin und wieder auch gesellschaftspolitische oder weltanschauliche Motive bei der Beurteilung eine Rolle gespielt haben³¹⁾, verändern die Erkenntnisse der sich weiterentwickeln-

28) Vgl. dazu unten Abschnitt B III 2 (S. 60 ff.)

29) Ein anderes Beispiel hierfür gibt Hoernigk, BB 1977, 1261, 1262, wenn er darlegt, daß sich die Zahl der (Fach)Zahnärzte für Kieferorthopädie in der Zeit, in der das Kieferorthopädieurteil des BSG (BSGE 35, 10) erging, drastisch erhöhte (1970: 464; 1974: 786)

30) Vgl. Brackmann a.a.O., S. 383; vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung in der Frage der Behandlungsbedürftigkeit auch Weidner, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 72 (95 f.)

31) Vgl. z. B. RVAE 4992 v. 13.6.1936, AN 36, 232
- Sterilität -

den Medizin ständig die Aussagen zur Behandlungsbedürftigkeit³²⁾, wobei der Wandel der Krankheitsbilder im Lauf der Zeit hinzukommt³³⁾. Damit ist das Kriterium "Behandlungsbedürftigkeit" aber nicht nur das dynamische Element des Krankheitsbegriffs, als Bindeglied zur Medizin ist es vielmehr auch die Schleuse für all jene Dienst- und Sachleistungen, die zur Feststellung, Heilung oder Linderung einer Krankheit auf dem Markt der Gesundheitsgüter angeboten werden. Der ständige medizinische Fortschritt bringt nicht nur immer wieder neue Disziplinen einschließlich nichtärztlicher Gesundheitsberufe hervor, die sich als Leistungsbringer der GKV anbieten. Die vor allem auf der Technisierung der Medizin beruhende Spezialisierung und Arbeitsteilung trägt vielmehr auch zur ständigen Verfeinerung bestehender und zur Schaffung neuer Behandlungsmethoden bei, was über das in Rede stehende Merkmal wiederum Leistungspflichten der Krankenkassen auslösen kann. Die Herz-Lungen-Maschine, künstliche Nieren, die Heim-Hämodialyse und Herzschrittmacher etwa sind heute unbestritten Bestandteil der Krankenpflege nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO (§ 13 Abs. 1 KVLG).

32) Die Erkenntnisse der Gerontologie - einem jungen Zweig der Medizinwissenschaft - lassen z. B. Vorgänge des Alterns in bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit in einem neuen Licht erscheinen. Auch die "Transsexualität" wird teilweise schon als Krankheit angesehen; vgl. Spengler, NJW 1978, S. 1192 f.; LSG Bad.-Württ., Az: L 4 Kr 483/80

33) Wie sehr sich die Krankheitsbilder von den akuten zu den chronischen Krankheiten hin verschoben haben, illustrieren folgende Zahlen: Um die Wende des 18 zum 19. Jahrhundert beherrschten fast nur akute Krankheiten das Spektrum. Um 1900 betrug der Anteil immerhin noch 80 bis 85 %; heute beläuft sich der Anteil der akuten Erkrankungen auf etwa 7 bis 10 %; zit. nach Schäfer, DOK 1978, S. 733 und Silomon, a.a.O., S. 61

Im Grunde funktioniert hier also in Bezug auf die Leistungserbringerseite der gleiche Mechanismus, der schon anhand der Ausweitung des Krankheitsbegriffs auf psychische Defekte skizziert wurde. Ein beredtes Beispiel in diesem Zusammenhang ist die Entwicklung im Bereich der Zahndefekte. Ursprünglich wurden sie nur in engsten Grenzen als krankhaft angesehen, denn nur das Zahnziehen, später auch das Nervtöten, waren als adäquate Behandlungsmethode bei kranken Zähnen anerkannt³⁴⁾. Damit hatte weder die Karies³⁵⁾ noch das Fehlen von Zähnen³⁶⁾ Krankheitswert, sondern wurde als Schönheitsfehler³⁷⁾ angesehen. Demzufolge war die heute in diesen Fällen als selbstverständlich indizierte konservierende bzw. prothetische Zahnbehandlung damals keine Leistung der GKV. Der Grund für die damals restriktive Beurteilung lag schlicht darin, daß Zahnkrankheiten in den Anfängen der GKV - die wissenschaftliche Zahnheilkunde steckte seinerzeit noch in den Kinderschuhen - noch Teil der Versicherungsleistung "ärztliche Behandlung" war und daher von Ärzten wahrgenommen wurde,

34) Vgl. Hess/Venter, Kassenarztrecht, S. 4

35) Erst im Jahre 1917 entschied das RVA (RVAE 2341, AN1917, S. 453), daß Karies eine Krankheit i. S. der RVO sei.

36) Vgl. dazu RVAGE 4067, AN 1931, S. 219; erst durch Erlaß des RVA vom 2.11.1943, AN 1943, S. 405 wurde die Prothetik Kassenleistung und damit der Krankheitswert der Zahnlosigkeit anerkannt

37) Vgl. Palm, a.a.O., S. 122

für die naturgemäß Zahnkrankheiten ein Randgebiet waren³⁸⁾. Die zahnmedizinische Versorgung der Versicherten verbesserte sich erst in dem Maße, in dem die wissenschaftliche Zahnheilkunde aufblühte und es gelang, ihren Behandlungsmethoden die Anerkennung als Kassenleistung zu verschaffen³⁹⁾.

d) Die materielle Bestimmung des Krankheitsbegriffs durch gesetzgeberische Maßnahmen

Nicht nur das tatsächliche Angebot bestimmt die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen; bisweilen sind es auch gesetzgeberische Maßnahmen, die eine materielle Erweiterung des Krankheitsbegriffs bewirken und so Nachfrageimpulse in Bezug auf Gesundheitsleistungen auslösen. Beispielhaft genannt sei in diesem Zusammenhang etwa der schon erwähnte⁴⁰⁾ Erlass des RAM vom 2.11.1943, der die Prothetik zur Kassenleistung machte und damit incidenter die Anerkennung des Fehlens von Zähnen als Krankheit brachte. Ähnliches gilt in neuerer Zeit für die Rehabilitationsgesetzgebung des Jahres 1974, mit der u. a. auf die GKV die neue Aufgabe der medizinischen Rehabilitation hinzukam. Damit wurde eine - freilich schon vom BSG⁴¹⁾ eingeleitete - inhaltliche Weiterentwicklung des Krankheitsbegriffs insofern festgeschrieben, als Dauerleiden, insbesondere

38) Vgl. Hess/Venter, a.a.O.; auch de lege lata ist der Arzt (noch) zur Ausübung der Zahnheilkunde befugt (§ 1 Abs. 4 ZHKG) und darf zahnärztliche Leistungen zu Lasten der Krankenkassen erbringen (vgl. den Wortlaut des § 122 Abs. 1 RVO)

39) Vgl. Palm, a.a.O., S. 24; vgl. zum Wandel des Krankheitsbegriffs in der Zahnheilkunde ferner das Urteil des SG Münster vom 1.2.1961, KVRs 6300/1, S. 6

40) Vgl. oben Fn. 36 (S. 11)

41) Vgl. dazu BSGE 13, 134 ff.; 16, 177 ff.; 20, 129 ff. BSG in SozR RVO § 182 Nr. 37; Brackmann, S. 383, 384 d

körperliche Mißbildungen und Gebrechen, nicht erst dann behandlungsbedürftig sind, wenn sie Schmerzen verursachen oder Verschlimmerungsgefahr droht⁴²⁾, sondern schon dann, wenn die Behinderung eingetreten ist oder gar erst droht und Behandlung erforderlich ist⁴³⁾.

II. Die Leistungskategorien der GKV im Überblick

Das Ausmaß der Heranziehung von Leistungserbringern in der GKV ist nicht nur vom Gehalt des geschützten Risikos "Krankheit" als Leistungsgrund, sondern auch von der Leistungspalette abhängig, die die GKV, bezogen auf den Fall der Krankheit, zur Verfügung stellt. Ihrem Typus nach handelt es sich dabei um Geld-, Sach- und Dienstleistungen (I § 11 SGB), wobei vorliegend nur die beiden letztgenannten Leistungstypen interessieren. Diese wiederum lassen sich den Kategorien Restitutions-, Praeventions- oder Entlastungsleistungen⁴⁴⁾ zuordnen.

1. Restitutionsleistungen

Restitutionsleistungen im allgemeinen spielen in der GKV die mit Abstand wichtigste Rolle. Restitutionsleistungen bezwecken die Beseitigung eines immateriellen Schadens, vorliegend also die Heilung oder Linderung einer Krankheit⁴⁵⁾. Dazu gehören hier im wesentlichen die im Rahmen der Krankenpflege vorgesehenen Leistungen⁴⁶⁾, die zusammen mit dem Krankengeld, einer - nach dem Bleyschen Schema - Kompensationsleistung⁴⁷⁾, und der Krankenhauspflege (§ 184 RVO, § 17 KVLG) zur Leistungsgruppe "Krankenhilfe" gehören, die alle auf den

42) so noch das RVA; vgl. dazu die Entscheidungen in AN 1916, S. 341, (342); 1920, S. 319 (320); 1929, S. 295 (297); 1939, S. 412

43) Vgl. §§ 1, 10 RehaAnglG

44) Vgl. Bley, a.a.O., S. 62 f.

45) Vgl. Bley, a.a.O., S. 62, 200

46) Vgl. Bley, a.a.O., S. 203

47) Vgl. Bley, a.a.O., S. 209

Versicherungsfall "Krankheit" bezogenen Leistungen der GKV umfaßt.

a) Die Leistungen im Rahmen der Krankenpflege (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO, § 13 Abs. 1 KVLG)

Die Leistungen der Krankenpflege sind im Gesetz nur beispielhaft⁴⁸⁾ aufgezählt. "Insbesondere" gehören dazu⁴⁹⁾

- ärztliche und zahnärztliche Behandlung,
- Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heilmitteln und Brillen,
- Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel,
- zahnärztliche Behandlung bei der Versorgung mit Zahnersatz und Zahnkronen,
- Belastungserprobung und Arbeitstherapie,
- häusliche Krankenpflege,
- Zuschüsse zu den Kosten für zahntechnische Leistungen.

Zusammen mit der (stationären) Leistung "Krankenhauspflege" handelt es sich bei Leistungen der Krankenpflege um Pflicht- und Regelleistungen der GKV, auf die der Versicherte unter den Voraussetzungen des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) im Unterschied zu (freiwilligen) satzungsmäßigen "Mehrleistungen" der jeweiligen Krankenkasse (§ 179 Abs. 3, § 187 RVO, § 11 KVLG) und den Ermessens("Kann")leistungen (§ 193 RVO; § 21 a KVLG) auf jeden Fall einen Rechtsanspruch hat⁵⁰⁾. Welche große wirtschaftliche Bedeutung diese Leistungen im übrigen haben, erweist sich an der nachhaltigen Kosten(dämpfungs)diskussion gerade in diesem Bereich.

48) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 3.1

49) Vgl. Leistungskatalog i.d.F. des KVEG vom 22.12.1981, BGBl I S. 1578

50) Vgl. zur Terminologie: Bley, a.a.O., S. 61; Mroczynski, Rehabilitationsrecht, S. 24 ff.

b) Annexleistungen

Sieht man die genannten Leistungen einschließlich der Krankenhauspflege als Hauptleistungen an, so tritt dazu noch ein Bündel von Annexleistungen hinzu:

aa) Nebenleistungen

Dazu gehören zunächst sog. "Nebenleistungen", die Voraussetzung für die Erbringung der Hauptleistung sind (z. B. Transport des Verunglückten zum Arzt oder ins Krankenhaus⁵¹⁾).

bb) Begleitende Leistungen

Als Annexleistungen können ferner die teils als Pflicht-, teils als Mehrleistung ausgestatteten begleitenden Leistungen der "Haushaltshilfe"⁵²⁾ (§ 185 b RVO, § 35 KVLG) sowie - in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung - der "Betriebshilfe" (§ 34 KVLG) aufgefaßt werden. Begleitend sind sie deshalb, weil sie akzessorisch mit einer Hauptleistung gewährt werden. So besteht Anspruch auf Haushaltshilfe nach § 185 b Abs. 1 RVO dann, wenn dem Versicherten oder seinem Ehegatten wegen Aufenthalts in einem Krankenhaus oder in einer Entbindungsanstalt oder wegen eines von der Krankenkasse zumindest teilweise getragenen Kuraufenthalts die Haushaltsweiterführung nicht möglich ist, ein anderer Haushaltsangehöriger dazu nicht in der Lage ist und in dem Haushalt ein noch nicht achtjähriges oder ein hilfebedürftiges behindertes Kind lebt.

51) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 184 RVO, Anm. 5; Brackmann, a.a.O., S. 386 c, 405 ff.; nunmehr in § 194 RVO, § 21 b KVLG ausdrücklich geregelt. Nebenleistung ist auch die Krankenhausbehandlung des Organspenders (vgl. BSGE 35, 102 f.)

52) Als ungeschriebene, unselbständige Nebenleistung zur "Krankenhauspflege" war die Leistung "im Rahmen des Notwendigen" bereits nach früherem Rechtszustand anerkannt; vgl. Bescheid des RVA vom 10.5.1941, AN 1941, S. 214; vgl. ferner Heinlein, Die Leistungen 1969, S. 65 (67); Marburger, ÖGW 1979, S. 357 ff.

cc) Ergänzende Leistungen

Schließlich gehören zu den Annexleistungen auch die in § 193 RVO, § 21 a KVLG bezeichneten "ergänzenden" Leistungen, die letztlich der medizinischen Rehabilitation dienen. Die Krankenkasse "kann" danach unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen "Behindertensport fördern", aber auch solche (ergänzenden) Leistungen gewähren, die "nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls" erforderlich sind⁵³⁾. Anknüpfungspunkt ist hierbei die (augenblickliche oder "zuletzt" erfolgte) Gewährung von Krankenhilfe und damit einer Hauptleistung. Allerdings liegt hier die Betonung nicht auf den gewährten Hauptleistungen als solchen, sondern auf der Zuständigkeit der Krankenkasse als einem unter mehreren Rehabilitationsträgern im Sinne von § 2 Abs. 2 RehaAnglG.

2. Entlastungsleistungen

Die Nachfrage nach Gesundheitsgütern wird ferner durch solche Leistungen beeinflusst, die den Zweck haben, eine besondere soziale Belastung des Versicherten zu beseitigen oder zu mindern⁵⁴⁾. Im Bereich der GKV erfüllt diesen Zweck die Familienhilfe (§§ 205 ff. RVO, §§ 32 ff. KVLG), in deren Rahmen dem Versicherten für seine begünstigten Familienangehörigen im Fall der Krankheit ebenfalls die bereits erwähnten Leistungen der Krankenpflege nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 bzw. nach § 13 KVLG gewährt werden.

3. Praeventionsleistungen

Vorbeugung, d. h. Krankheitsverhütung, gehört, obwohl dem typischen Versicherungsprinzip an sich fremd, schon seit

53) § 193 Nr. 2 RVO ist der Amtl. Begr. zu § 20 des Entwurfs des RehaAnglG (BT-Drs. 7/1237, S. 62) zufolge wegen der Vielzahl der insoweit in Betracht kommenden Leistungen nicht abschließend.

54) Vgl. Bley, a.a.O., S. 63

langem zu den Aufgaben der GKV (§§ 363 a. F., 364 Abs. 1 Nr. 1 n. F., § 369 Abs. 1 RVO). Die auf dieser Grundlage möglichen Maßnahmen (gesundheitliche Aufklärung, Schutzimpfungen etc.) dienen der Gesundheitssicherung im allgemeinen und sollen das Morbiditätsrisiko generell und individuell senken, m. a. W. also den Eintritt des Versicherungsfalls "Krankheit" verhüten⁵⁵⁾. Ergänzt wurden die generellen Praeventionsaufgaben der GKV in neuerer Zeit um individuelle Leistungen der Krankheitsfrüherkennung, in deren Rahmen diagnostische Maßnahmen zur Erkennung bestimmter Krankheiten in der Anlage bzw. im Frühstadium gewährt werden⁵⁶⁾ (§ 179 Abs. 1 Nr. 1, § 181 ff. RVO, § 7 Nr. 1, § 8 ff. KVLG). Selbständige nichtärztliche Leistungen spielen zwar im Rahmen der krankenversicherungsrechtlichen Krankheitsvorsorge so gut wie keine Rolle, haben jedenfalls keine größere wirtschaftliche Bedeutung, weil hier durchwegs der Arzt dominiert. Gleichwohl hat die Krankheitsvorsorge sicher Auswirkungen auf den Umfang der Nachfrage nach nachgehenden nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen und bedarf also jedenfalls von daher hier der Erwähnung.

III. Der Modus der Leistungserbringung in der GKV

Von Bedeutung für die weiteren Erörterungen ist sodann die Art und Weise, in der die Krankenkassen die in Rede stehenden Leistungen zu erbringen haben.

1. Das Naturalleistungsprinzip

Im Grundmodell sind zwei Varianten der Leistungserbringung denkbar: Zum einen die, daß die Krankenkasse dem Versicherten entweder einen Geldbetrag zur Beschaffung des konkreten Bedarfs zur Verfügung stellt oder ein von ihm auf eigene Rechnung

55) Vgl. dazu RVA, EuM 43, S. 272; Faude, a.a.O., S. 378; Brackmann, a.a.O., S. 404 e II

56) Vgl. Heinze in RVO-Ges.komm. § 181 RVO, Vorbem. 3; von den Früherkennungsuntersuchungen zu unterscheiden sind die sog. Verdachtsuntersuchungen, die als Leistung im Rahmen der Krankenpflege ("ärztliche Behandlung") zu gewähren sind: Vgl. dazu Heinze, a.a.O.; Faude, a.a.O.

bereits beschafftes Gut in Geld erstattet (Kostenerstattungsprinzip)⁵⁷⁾; zum anderen die Variante, daß die Kasse die Leistung in natura, d. h., ohne Vorschuß und ohne finanzielle Selbstbeteiligung des Versicherten, also "kostenlos" gewährt (Naturalleistungsprinzip). Während das Kostenerstattungsprinzip der privaten Krankenversicherung⁵⁸⁾, aber auch gesetzlichen Krankenversicherungssystemen des Auslands zugrunde liegt⁵⁹⁾, ist die deutsche GKV im Grundsatz von dem in I §§ 4 Abs. 2, 21 SGB und in den §§ 182 ff. RVO (§§ 12 ff. KVLG) fixierten Naturalleistungsprinzip geprägt⁶⁰⁾.

a) Entwicklung und Bedeutung des Naturalleistungsprinzips

Das Naturalleistungsprinzip ist das tragende Element des Systems der deutschen GKV schlechthin⁶¹⁾. Bereits das Arbeiter-Krankenversicherungsgesetz (KVG) von 1883 brachte das Naturalleistungsprinzip in § 6 Nr. 1 positiv zum Ausdruck⁶²⁾, indem dort als "Krankenunterstützung" "freie ärztliche Behandlung ..."

57) Siebeck, a.a.O., S. 102 bezeichnet eine Krankenversicherung dieses Zuschnitts treffend als "Krankheitskostenversicherung"

58) Vgl. Tauer/Linden, Private Krankenversicherung, S. 95

59) so z. B. in Frankreich, vgl. dazu Hermann, Probleme der französischen Krankenversicherung, Der Kompaß, 1976, Heft 4, S. 122 ff.; Pfeffer-Küppers u. a., Aspekte der ärztlichen Versorgung in Frankreich, S. 57

60) Vgl. dazu Hässler, SozSich. 1965, S. 290; Jung, Das Recht auf Gesundheit, S. 188, 205; Marburger, a.a.O.; Meydam, SGB. 1977, S. 92 ff.; Schneider, Die gemeinsame Selbstverwaltung im Kassenarztrecht, S. 9 f. m.w.N.; Schröder-Printzen, SozVers. 1966, S. 46; Siebeck, a.a.O.; Stier-Somlo, § 370 RVO, Anm. 4; vgl. zur Terminologie im übrigen Fn. 63

61) Vgl. Herder-Dorneich, Reform oder Weiterentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 60

62) Vgl. Mahn, § 6 KVG, Anm. 2 a

vorgesehen war. Im geltenden Recht zeigt es sich in der Zurverfügungstellung von Dienst- und Sachleistungen (I § 11 SGB). Um eine Dienstleistung handelt es sich, wenn die Leistung von der Verrichtung persönlicher Dienste geprägt ist (z. B. Behandlung), um Sachleistungen, wenn die Leistung in der Gewährung sächlicher Mittel besteht (z. B. Arznei- oder Heilmittel)⁶³⁾. Dienst- und Sachleistungen können auch kombiniert sein, wie dies etwa bei der "Krankenhauspflege" der Fall ist⁶⁴⁾. All diese Leistungen sind grundsätzlich "in natura" zu erbringen, was heißt, daß der Versicherte bei ihrer Inanspruchnahme keinen eigenen finanziellen Beitrag leisten muß⁶⁵⁾, zum anderen, daß die Krankenkassen die erforderlichen Vorkehrungen treffen müssen, um den Bedarf bei Eintritt der Bedarfslage unmittelbar befriedigen zu können⁶⁶⁾. Klargestellt ist dies nunmehr ausdrücklich in I § 17 Abs. 1 SGB. Da die Krankenkassen zumindest faktisch nicht in der Lage sind, solche Leistungen selbst bereitzuhalten⁶⁷⁾, müssen sie sich diese von Dritten "beschaffen". Anders als das Kassenarztrecht (§§ 368 ff. RVO)

63) so schon RVA, AN 1925, S. 162 zur Abgrenzung der ärztlichen Behandlung von den Heilmitteln. Vor Einführung des SGB I war die Unterscheidung in Dienst- und Sachleistungen kaum gebräuchlich, vielmehr war allgemein von "Sachleistungen" im Gegensatz zu "Barleistungen" die Rede (vgl. Bley, SGB-SozVers-Ges Komm., I § 11 SGB, Anm. 6 a aa, S. 127). Dieser durch das SGB überholten Terminologie bedienen sich auch heute noch einige Autoren (vgl. etwa Brackmann a.a.O., S. 382 h; Burdinski, SGB-AT, § 11 Anm. 9). Auf dieser Terminologie beruht schließlich auch der überkommene Begriff "Sachleistungsprinzip". Es ist sachgerechter, diesen Begriff durch den hier verwendeten und nach Leibfried/Tennstedt, ZSR 1980, S. 695 (698) schon vor Inkrafttreten der RVO gebräuchlichen Terminus "Naturalleistungsprinzip" zu ersetzen.

64) Vgl. Bley, a.a.O., Anm. 6 a) cc); BSGE 37, 130 (133)

65) Vgl. Burdinski a.a.O., Anm. 11; ebenso § 18 c Abs. 5 BVG

66) Vgl. Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?, S. 28

67) Vgl. Marburger, a.a.O., S. 358

trägt freilich das Recht der GKV diesem Sicherstellungsbedürfnis hinsichtlich der nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen auch nach der Anreicherung, die das Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz (KVEG) vom 22. Dezember 1981⁶⁸⁾ durch die §§ 376 c und 376 d RVO gebracht hat, nur recht rudimentär Rechnung⁶⁹⁾.

b) Motive für das Naturalleistungsprinzip

Einer der Gründe für das Naturalleistungsprinzip wurde bereits angedeutet: Wenn die Leistung an den Versicherten von keiner eigenen finanziellen Vorleistung abhängig ist, so verbirgt sich dahinter das sozial- und gesundheitspolitische Anliegen der GKV, den von ihr Begünstigten bei Eintritt der Bedarfslage gleichmäßig und unabhängig von seiner individuellen Beitragsleistung mit dem notwendigen Bedarf an Gesundheitsgütern zu versorgen⁷⁰⁾. Damit verwirklicht sich letztlich die der GKV zugrunde liegende Solidaritätsmaxime⁷¹⁾ im positiven Sinn. Diese Grundkonzeption verbietet es, worauf das RVA⁷²⁾ schon früh aufmerksam machte, den einzelnen Versicherten seinem eigenen Vermögen zu überlassen, weil dann der Fall eintreten könnte, daß er nicht über hinreichende Mittel verfügt, um (zunächst) in Vorlage zu treten und aus diesem

68) BGBI I S. 1578

69) Vgl. zu diesem Versäumnis des Gesetzgebers: Zacher, Materialien zum SGB, S. A - 55; ders. in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1974, S. 1 ff. Rüfner, NJW 1978, S. 1662

70) Vgl. Wannagat, a.a.O., S. 28; Meydam, SGB 1977, S. 26 (= Anm. zu BSGE 42, 117)

71) Vgl. Wannagat, a.a.O., S. 175 f.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 138 I d (S. 194)

72) AN 1914, S. 379, 380

Grund von einer notwendigen Leistungsanspruchnahme absieht⁷³⁾. Der zweite, nicht weniger wichtige Grund für das Naturalleistungsprinzip ist ökonomischer Art: Der Aufwand der GKV für die in Rede stehenden Leistungen soll preispolitisch steuerbar⁷⁴⁾ sein. In der Tat wäre das sozialstaatliche Institut "Gesetzliche Krankenversicherung" nicht existenzfähig, überließe man die Kostenfrage, insbesondere was die elementaren und primären Gesundheitsleistungen - ärztliche Behandlung, Krankenhausbehandlung, Arzneimittelsversorgung - betrifft, dem Marktprinzip⁷⁵⁾. Die Krankenkassen können nur das ausgeben, was sie einnehmen. Die insofern den Krankenkassen zur Verfügung stehenden, sozial nicht grenzenlos vermehrbaren Mittel (im wesentlichen Beiträge!) müssen deren Ausgaben decken. Hinzu kommt, daß sich die GKV "schlechter Risiken" nicht einfach entledigen kann, wie dies in der Privatversicherung möglich ist. Schon daran zeigt sich, daß Leistungsaufwand und Einnahmen, sprich: Beiträge, in sozial angemessener Relation stehen müssen. Gleiches besagt auch das für die GKV geltende, überkommene Grundprinzip öffentlicher Haushaltsführung, nämlich der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (IV § 69 Abs. 2 SGB)⁷⁶⁾, als dessen Konsequenz

73) Ebenso BSGE 42, 117, 119

74) Vgl. Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst? S. 85

75) Das Marktprinzip ist auch außerhalb der GKV insoweit beschränkt, als das Pflegesatzrecht (in der allgemeinen Pflegeklasse) und das Festpreissystem für Arzneimittel allgemein gilt. Auch die amtlichen Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte relativieren trotz Abdingbarkeit durch Honorarvereinbarung das Marktprinzip.

76) Vgl. Meydam, GK - SGB IV, § 69, Anm. 1

wohl auch die allgemeinen, über § 368 e RVO auch ins Kassenzustand transformierten Schranken für die Leistungen der Krankenpflege und der Krankenhauspflege in § 182 Abs. 2, § 184 Abs. 1 Satz 2 RVO; § 13 Abs. 2, § 17 Abs. 1 Satz 2 KVLG verstanden werden müssen⁷⁷⁾. Und schließlich entspricht das Naturalleistungssystem "auch dem Bedürfnis der Menschen unserer Zeit nach einfacher und unkomplizierter Abwicklung" der Leistungsinanspruchnahme und "nach Entlastung von Schreibarbeit und Zahlungsgeschäften"^{77 a)}. Insgesamt gesehen ist also das Naturalleistungsprinzip für die GKV systemimmanent und auch durch den allgemeinen Wohlstand trotz aller Kritik⁷⁸⁾ nicht obsolet geworden⁷⁹⁾. Für den Versicherten bedeutet das Naturalleistungsprinzip einmal die Begrenzung seines Anspruchs "auf den Spielraum des irgendwie Normalen"⁸⁰⁾, zum anderen seine solidarische Einbindung in ein Versorgungssystem, aus dem er sich nur befreien kann, wenn er sich in die Rolle des selbstzahlenden Privatpatienten begibt⁸¹⁾. Und in Bezug auf die Leistungserbringer bedeutet es, daß sie und die Krankenkassen sich auf den "richtigen", in ausgewogener Relation zu deren Finanzkraft stehenden Preis für die zu erbringenden

77) Vgl. Töns, Festschrift für Brackmann, S. 81

77 a) Weidner, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 72 (82)

78) Vgl. z. B. die Nachweise bei Häussler, Gesundheitspolitik - Reform durch Zwang oder Einsicht?, S. 58 ff.

79) Vgl. Herder-Dorneich, a.a.O., S. 72; Weidner, a.a.O., S. 84

80) Zacher, a.a.O., S. 32

81) Eine nachträgliche Kostenerstattung für selbstbeschaffte, zwingend dem Naturalleistungsprinzip unterliegende Leistungen durch die Träger der GKV ist grundsätzlich unzulässig; vgl. RVA, AN 1920, 332 (333); BSGE 19, 21 (23); 42, 117 (119) m. Anm. v. Meydam, a.a.O.; BSG vom 19.12.1978, ArztR 1979, S. 147. Zu der offenen Frage, ob das Naturalleistungsprinzip nicht nur für Pflicht-, sondern auch für freiwillig Versicherte verbindlich ist, hat das BSG in einem obiter dictum im Urteil vom 9.9.1981, Az.: 3 RK 58/79 dahin Stellung genommen, daß sowohl die Ersatzkassen als auch die gesetzlichen Krankenkassen für letztere durch autonome Satzungsbestimmung die Kostenerstattung vorsehen könnten. Dem Vernehmen nach ist beabsichtigt, diese Frage demnächst in einem Musterprozeß grundsätzlich klären zu lassen.

Naturalleistungen einigen müssen⁸²⁾. Dies auch deshalb, weil letztlich die Leistungserbringerseite - wie z. B. der Arzt hinsichtlich seiner Dienst- und der Folgeleistungen - der eigentliche Entscheidungsträger über den konkreten Bedarf ist⁸³⁾. Freilich muß man bei alledem auch die Grenzen der Steuerbarkeit über das Naturalleistungsprinzip sehen: Sie findet dort nicht (mehr) statt, wo die Krankenkassen von vornherein die Kosten von Gesundheitsgütern nicht beeinflussen können oder dort, wo es an der notwendigen Transparenz in dem immer komplexer werdenden Organismus "Gesundheitswesen" fehlt. Ein Beispiel hierfür ist der Arzneimittelmarkt. Derartigen Phänomenen können allenfalls gesetzgeberische Maßnahmen beikommen, das Naturalleistungsprinzip als zentrales Strukturelement der GKV kann damit aber nicht in Frage gestellt werden.

2. Modifikationen des Naturalleistungsprinzips

Nun war und ist allerdings das Naturalleistungsprinzip im Recht der GKV nicht streng durchgehalten. Unverändert gilt es im Rahmen der Krankenhilfe im wesentlichen nur im Fall der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlungsleistungen, der Krankenhauspflege und der Hilfsmittel. Ansonsten gilt es nur mit Modifikationen zugunsten diverser Selbstbeteiligungsformen; teilweise ist aber auch eine Durchbrechung zugunsten der Kostenerstattung nicht ausgeschlossen^{83 a)}.

a) Fälle der Kostenerstattung

Wesen der Kostenerstattung ist es, den durch die Inanspruchnahme von gesundheitlichen Gütern und Dienstleistungen entstandenen Vermögensschaden (nachträglich) dem Versicherten zu ersetzen. Dieser ist Schuldner der vom Leistungserbringer erbrachten Leistung. Kostenerstattung ist daher immer eine Geldleistung. Auch der GKV waren und sind - ausnahmsweise - Formen der Kostenerstattung nicht fremd.

82) Dieser Gedankengang tritt deutlich in BGG 37, 74 (79)
- Zahnprothetik - hervor

83) Vgl. a.a.O.

83 a) Vgl. zu den Ausnahmen vom Naturalleistungsprinzip auch die bei Zacher, a.a.O., S. 34 ff. entwickelten 5 Fallgruppen

aa) Inbesondere: Die Unmöglichkeit der naturalen Leistungsbereitstellung

Bereits § 75 KVG (1883) räumte den damaligen Hilfskassen - den Vorläufern der heutigen Ersatzkassen - das Recht zur pauschalierten Abfindung von Sachleistungsansprüchen ihrer Mitglieder ein. Mangels Anknüpfung an den konkreten Aufwand handelte es sich hierbei um eine unechte Form der Kostenerstattung⁸⁴⁾. Später stellte dann § 370 RVO für Zeiten, in denen die Sicherstellung der "freien ärztlichen Behandlung" "ernstlich gefährdet" war - etwa, wenn "angemessene Bedingungen" nicht zu erreichen waren und daher ein vertragsloser Zustand bestand oder im Fall, "daß Ärzte den Vertrag nicht einhalten" - den Übergang auf die Kostenerstattung in das Ermessen der Krankenkasse. Eine solche echte Kostenerstattung war auch die im seinerzeitigen § 205 Abs. 1 Satz 2 RVO⁸⁵⁾ im Rahmen der Familienhilfe obligatorisch vorgesehene halbe Erstattung der Kosten für Arznei- und kleinere Heilmittel. De lege lata ist die Kostenerstattung subsidiär ausdrücklich zugelassen bei gegebenem Anspruch auf häusliche Krankenpflege, Haushaltshilfe oder auf landwirtschaftliche Betriebshilfe (§ 185 Abs. 3, § 185 b Abs. 2 Satz 1 RVO; § 18 Abs. 3, § 36 Satz 2 KVLG). Sie findet "in angemessener Höhe" dann statt, wenn eine Krankenpflege- bzw. Ersatzkraft von der Krankenkasse nicht gestellt werden kann oder wenn ein Grund vorliegt, von der Gestellung abzusehen, und der Versicherte sich die Kraft selbst beschafft. Im ersten Fall steht der Krankenkasse im Hinblick auf die einschlägige Personalknappheit eine solche Kraft im konkreten Fall nicht zur Verfügung;

84) Vgl. v. Maydell, SGB-AT, § 53, Anm. 10

85) i.d.F. der NotVO des Reichspräsidenten vom 26.7.1930, RGBl I S. 311

im zweiten hat sie Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse des Einzelfalls zu nehmen, etwa, wenn der Versicherte Wert darauf legt, daß die Pflege oder die Weiterführung des Haushalts oder des landwirtschaftlichen Betriebs durch eine bestimmte Person seines Vertrauens erfolgt⁸⁶⁾. Der im ersten Fall - wie schon in § 370 RVO (a.F.)⁸⁷⁾ - und auch heute noch in § 217 Abs. 1 RVO (Abfindung bei Auslandsaufenthalt) aufscheinende Gedanke der Bereitstellungsunmöglichkeit ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchaus verallgemeinerungsfähig⁸⁸⁾. Das bedeutet aber, daß die Pflicht der Krankenkasse zur naturalen Leistungsveranschaffung dort endet - und Kostenerstattung stattfindet -, wo dies der Krankenkasse objektiv unmöglich ist, weil selbständige Leistungserbringer der Krankenkasse überhaupt nicht, oder in nicht ausreichender Zahl zur Verfügung stehen. Kostenerstattung anstelle natürlicher Leistungsveranschaffung könnte ferner dann stattfinden, wenn ein Belieferungsverhältnis gekündigt, Krankenkassen und Leistungserbringer sich über die Angemessenheit neuer Belieferungsbedingungen (Preise!) nicht einigen können, sie sich daher im vertraglosen Zustand befinden. Dieser Fall tritt freilich ~~denn~~ nicht ein, wenn die Leistungserbringerseite ihrerseits im vertragslosen Zustand zur Sicherstellung und Aufrechterhaltung der Versorgung verpflichtet ist oder wenn ein vertragsloser Zustand nicht denkbar ist. Die kassen(zahn)ärztliche Versorgung bleibt kraft der Nachwirkungsregel in § 368 h Abs. 2 Satz 3 RVO auch im vertraglosen Zustand zwischen den Krankenkassenverbänden und den kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen aufrechterhalten. Im Bereich der Krankenhauspflege

86) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 185 RVO, Anm.

87) Vgl. Peters, Handbuch der Krankenversicherung 1954, § 370 RVO, Anm. I 1

88) so etwa Marburger, a.a.O., S. 362

und der Arzneimittelversorgung ist ein Versorgungsnotstand angesichts des Systems der Krankenhausförderung und der darauf beruhenden Einbeziehung der sog. "Bedarfsplan-Krankenhäuser" in das nach § 371 Abs. 1 RVO, im anderen Fall angesichts des Festpreisregimes bei Arzneimitteln nach der Arzneimittelpreisverordnung vom 14. November 1980⁸⁹⁾ und der gesetzlichen Rabattregelung in § 376 RVO praktisch kaum denkbar. Was bleibt, sind nach alledem nur die übrigen Naturalleistungsbereiche im Rahmen der Krankenhilfe, wo theoretisch im vertragslosen Zustand die Kostenerstattung das Naturalleistungsprinzip ablösen könnte. Freilich dürften solche, im Grunde nur hypothetisch denkbare Fälle nicht zu einer Preisgabe des Naturalleistungsprinzips führen. Vielmehr wird man dann die Kassen für verpflichtet halten müssen, zur Selbstabgabe überzugehen⁹⁰⁾.

bb) Mangelndes Beschaffungsbedürfnis

Kostenerstattung ist ferner dort möglich, wo sie das Gesetz zuläßt, sei es, daß ein Bedürfnis, die Leistung in Natur bereitzustellen, objektiv nicht besteht, sei es, daß Beschaffungsmaßnahmen, die doch einen nicht geringen administrativen Aufwand mit sich bringen, unverhältnismäßig wären, weil die Leistung von der Krankenkasse in Natur kaum anders erbracht werden könnte, als wenn sie sich der Versicherte selbst beschafft. So sind etwa die ehemals als (ungeschriebene) unselbständige Nebenleistungen figurierenden und nunmehr in § 194 RVO (§ 21 b KVLG) ausdrücklich festgelegten Reiseleistungen - das Gesetz spricht von "erforderlichen Fahr-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten sowie die Kosten des erforderlichen Gepäcktransports (Reisekosten)" - ein Fall der Kostenerstattung. Dies schließt freilich nicht aus,

89) BGBl I S. 2147

90) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 21; v. Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungs-träger, S. 51 ff.

daß die Krankenkassen auch insoweit mit den entsprechenden Leistungserbringern Beschaffungsvereinbarungen abschließen⁹¹⁾. Der Fall ist dies namentlich im Bereich des Krankentransportwesens. Dafür spricht einmal der Aspekt, daß der Versicherte so von andernfalls von ihm geschuldeten, u. U. sehr hohen Berge- und Transportkosten - erwähnt sei hier vor allem die Luft- oder Bergrettung - entlastet wird. Zum anderen kommt hier hinzu, daß die Rettungsorganisationen ihrerseits nach den landesrechtlichen Rettungsdienstgesetzen zum Abschluß derartiger Vereinbarungen verpflichtet sein können⁹²⁾.

cc) Sonstige Fälle

Ein Abweichen vom Naturalleistungsprinzip zugunsten des Kostenerstattungsprinzips ist schließlich nicht nur nicht gestattet, sondern sogar geboten, wenn es dem Versicherten bei Eintritt der Bedarfslage unmöglich ist, die erforderlichen Leistungen natural in Anspruch zu nehmen, sei es, daß der Versicherte bei "Gefahr im Verzug" einen Leistungserbringer der Krankenkasse nicht erreichen kann⁹³⁾, sei es, daß die Krankenkasse sich zu Unrecht weigert, die erforderlichen Leistungen zu gewähren und nach Klärung wegen zwischenzeitlichen Wegfalls der Bedarfslage nicht mehr natural erbringen kann⁹⁴⁾.

b) Formen der Selbstbeteiligung

Eine andere Art von Abweichung vom Naturalleistungsprinzip stellen ferner all jene Leistungen dar, bei deren Inanspruchnahme der Versicherte irgendwie einen eigenen Anteil am Auf-

91) Vgl. Siewert, SozVers. 1975, S. 146

92) Vgl. z. B. Art. 10 und Art. 12 BayRDG

93) Vgl. dazu RVAE 2036, AN 1915, S. 664; Brackmann, a.a.O., S. 558 y; BSG, SozR § 557 RVO Nr. 1; BSGE 19, 21 (23)

94) Vgl. dazu BSGE 25, 146, 148

wand zu tragen hat. Es findet insoweit "Selbstbeteiligung" statt - ein sozialpolitisches Zauberwort, unter dem im Zeichen der "Kostenexplosion im Gesundheitswesen" teils ganz allgemein ein Modell zur langfristigen ökonomischen Sanierung der Krankenversicherungssysteme gesehen wird⁹⁵⁾. Hier werden unter Selbstbeteiligungsleistungen all jene im Rahmen der Krankenhilfe vorgesehenen Leistungen verstanden, zu denen der Versicherte aus Kostendämpfungs- oder pädagogischen Gründen entweder nur einen "Zuschuß" erhält, die Leistung im übrigen aber aus eigenen Mitteln bestreiten muß, oder die zwar von der Krankenkasse natural zu erbringen sind, der Versicherte jedoch mit einem Selbstbehalt belastet wird.

aa) Zuschußleistungen; insbesondere: Das Recht der Zahnprothetik

Hierher gehören zunächst die nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. g RVO (§ 13 Abs. 1 Nr. 7 KVLG) als Pflichtleistung der Krankenkassen vorgesehenen "Zuschüsse zu den Kosten für zahntechnische Leistungen" (Zahnprothesen, Zahnkronen). Deren Höhe bestimmt die jeweilige Kassensatzung, wobei 60 v. H. der Kosten im Einzelfall das Maximum ist; lediglich "in Härtefällen" kann die leistungspflichtige Krankenkasse die ganzen Kosten übernehmen (§ 182 c RVO, § 16 Abs. 1 KVLG). Hierher gehören ferner die innerhalb bestimmter Zeitspannen und unter bestimmten Voraussetzungen als Mehrleistung möglichen Zuschüsse zu krankheitsvorbeugenden⁹⁶⁾ Kuren, wobei für Arbeitnehmer

95) Vgl. zu diesem Komplex etwa: WHO-Chronicle 31 (1977), S. 408 ff.; Krause, ArztR 1979, S. 289; Beske/Zalewski, Zahnärztliche Mitteilungen (ZM) 1981, S. 10 ff.; Müller, Das Krankenhaus 1982, S. 39 ff.; Weidner, a.a.O., S. 101 f.; einer Infratest-Umfrage im Jahre 1978 zufolge wird die Selbstbeteiligung in der GKV von 3/4 der Bundesbürger abgelehnt (zit. nach Pharmazeutische Zeitung 1979, S. 476)

96) Darin unterscheidet sich eine Kur nach § 187 RVO von der nur der Behandlung einer Krankheit dienenden Unterkunft und Verpflegung in einer Kureinrichtung nach § 184 RVO; vgl. Zacher, a.a.O., S. 74

auch die Übernahme der gesamten Kurkosten vorgesehen werden kann (§ 187 RVO; § 11 KVLG). In all diesen Fällen ist es Sache des Versicherten, sich die Leistung selbst zu beschaffen, m. a. W. schließt er allein den zivilrechtlichen Kurvertrag oder - bei zahntechnischen Leistungen - Dienstvertrag⁹⁷⁾ ab und ist daher auch Schuldner der vereinbarten Vergütung, so daß man annehmen müßte, daß Krankenkasse und Leistungserbringer in solchen Fällen miteinander nichts zu tun haben. Das trifft jedoch bei zahntechnischen Leistungen als Folge ihrer eigenartigen Natur und ihrer besonderen Entwicklung im Recht der GKV nicht zu. Zahnprothesen und Zahnkronen sind zwar Sachen i. S. von § 90 BGB. Um ihren Zweck, die Krankheit "Zahnlosigkeit" im konkreten Fall zu beseitigen, indes zu erreichen, bedarf es zusätzlicher Dienstleistungen, die dem rein handwerklichen Herstellungsvorgang voraus- und nachgehen (Abgußfertigung, Anpassung, Eingliederung). Diese Dienstleistungen erfordern zahnärztliche Fachkenntnisse und sind daher nach allgemeinem Gesundheitsrecht dem Zahnarzt (und dem Arzt!) vorbehalten (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 ZHKG)⁹⁸⁾. Gleichwohl gehörte bis zum Inkrafttreten des KVEG am 1. Januar 1982 der zahnärztliche Dienstleistungsteil im Fall des einheitlichen Vorgangs "Zahnprothetik" nicht zur Leistung "zahnärztliche Behandlung" i. S. von § 102 Abs. 1 Nr. 1 a RVO und § 13 Abs. 1 Nr. 1 KVLG⁹⁹⁾, sondern wurde ihrer einheitlichen "komplexen"

97) Vgl. BGH, NJW 1975, S. 305 mit Anm. Barnikel, S. 592

98) Vgl. Fricke, ZM 1955, S. 715; Gerber, ZM 1960, S. 958; BGH, a.a.O.; BGH, GewArch.1972, S. 303 m.w.N.

99) anders in Ausnahmefällen: so z. B. im Fall der zahnprothetischen Versorgung als zahnmedizinisch notwendige Voraussetzung zur Behandlung einer Gesichtsspalte; vgl. BSG, Sgb. 1976, S. 334 m. Anm. v. Schulzin

Natur wegen als "Leistung eigener Art mit teilweiser oder völliger Kostenerstattung an den Versicherten" aufgefaßt. Folgerichtig war der Dienstleistungsanteil nicht Gegenstand der von den Krankenkassen nach Kassenarztrecht (§§ 368 ff. RVO) an die kassenzahnärztlichen Vereinigungen zu zahlenden Gesamtvergütung, sondern allein Teil des zwischen Kassenpatient und Kassenzahnarzt geschlossenen Behandlungsvertrags und damit Teil der Zuschußleistung¹⁰⁰⁾. Das KVEG hat insofern eine Änderung gebracht, als zahnprothetische Leistungen rechtlich aufgespalten wurden, der zahnärztliche Dienstleistungsanteil von der Krankenkasse hinfort natural zu erbringen ist und nur noch der rein zahntechnische Sachleistungsanteil (Anfertigung des Zahnersatzes) bezuschußt wird¹⁰¹⁾ (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) und lit. g), § 13 Abs. 1 Nrn. 4 und 7).

Wie bisher bleibt es jedoch dabei - eine Frucht höchstgerichtlicher Rechtsprechung¹⁰²⁾, die durch das Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz vom 27. Juni 1977 (KVEG)¹⁰³⁾ legislatorisch umgesetzt wurde -, daß auch der zahntechnische Sachleistungsanteil Gegenstand der kassen(zahn)ärztlichen Versorgung ist (§ 368 Absätze 2 und 6 RVO) und damit gesamtvertraglicher Regelung zugänglich ist (§ 368 f Abs. 8, § 368 g Abs. 4 Satz 1, Abs. 5, § 368 i Abs. 3 a RVO)¹⁰⁴⁾. Die Versorgung mit Zahnersatz nach dem Recht der GKV ist damit durch zwei Charakteristika gekennzeichnet: Erstens ist im typischen Fall der

100) Vgl. zum Ganzen: BSGE 25, 116, 119; 30, 151, 154; 35, 105, 108; Meydam, SGB. 1977, S. 92; Schallen, SGB. 1978, S. 270 ff.; Pohl, Zahnärztliche Mitteilungen, 1982, S. 468 ff.; vgl. zu Geschichte der Zahnprothetik im Recht der GKV ferner: Palm, a.a.O. S. 136

101) so die Amtl. Begr. zu Art. 1 Nr. 5 KVEG, BR-Drs. 366/81, S. 12

102) Vgl. BSGE 37, 74 ff.; BVerfG, BKK 1976, S. 178

103) BGBl I 1977, S. 1069

104) In der Praxis wirkt sich das Regelungssystem so aus, daß die Krankenkasse den dem Versicherten zu erstattenden Zuschußbetrag schuldbefreiend an die kassenzahnärztliche Vereinigung zahlt, so daß der Versicherte dem Zahnarzt nur noch den vom Zuschuß nicht gedeckten Teilbetrag schuldet (§ 26 Abs. 1, § 4 Abs. 6 BMV/Z)

Inhalt der zahntechnischen Leistung einschließlich ihrer Vergütung nicht mehr Gegenstand freier Vereinbarung zwischen Patient und Kassenzahnarzt einerseits und Kassenzahnarzt und Zahntechniker andererseits; vielmehr ist dies Gegenstand gesamtvertraglicher Vereinbarung, wodurch die Krankenkassen auf den kostenintensiven zahntechnischen Herstellungsvorgang und damit letztlich auch auf das Zuschußvolumen für zahntechnische Leistungen insgesamt Einfluß nehmen können. Dies schließt freilich nicht aus, daß der Versicherte mit dem Kassenzahnarzt zu seinen Lasten "aufwendigeren Zahnersatz als notwendig" (schriftlich) vereinbart (§ 182 c Abs. 5 RVO; § 16 Abs. 1 Sätze 6 und 7 KVLG). Zweitens ist nach geltender Rechtslage der Zahntechnikerberuf als einziger nichtärztlicher Sachleistungsberuf in das Beschaffungssystem des Kassenarztrechts integriert. Insofern ist der Abschluß entsprechender Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Zahntechnikerinnungen zwingend vorgeschrieben (§ 368 g Abs. 5 a Satz 2 RVO). Am Beispiel der zahntechnischen Leistungen zeigt sich schließlich auch, daß auch nicht dem Naturalleistungsprinzip unterliegende Gesundheitsgüter einer Steuerung durch die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung durchaus zugänglich sind.

bb) Leistungen mit Selbstbehalt

Den im Vergleich zu den Zuschußleistungen umgekehrten Weg geht das Leistungsrecht bei all jenen Leistungen, die von der Krankenkasse zwar natural zu gewähren sind, der Versicherte bei ihrer Inanspruchnahme aber einen Eigenanteil am Aufwand zu tragen hat, sei es, um damit das Nachfrageverhalten der Versicherten gesundheits- und kostenpolitisch zu beeinflussen, sei es, um den Versicherten - wo notwendig - zu motivieren, an der Herbeiführung des mit der Leistung angestrebten Erfolgs mitzuwirken oder sei es, daß ein über das Maß des Notwendigen hinausgehender Mehrbedarf objektiv zu befriedigen oder vom Versicherten subjektiv gewünscht ist. Die erstgenannte, hinsichtlich ihrer Taug-

lichkeit nicht unumstrittene¹⁰⁵⁾ Zielsetzung verfolgt die "Verordnungsblattgebühr"¹⁰⁶⁾. Sie ist vom Versicherten, soweit im Einzelfall davon nicht Befreiung erfolgt und, soweit es sich nicht ohnehin um ein von der Leistungspflicht grundsätzlich ausgenommenes Arzneimittel¹⁰⁷⁾ handelt, bei der Abnahme von Arznei-, Verband- und Heilmitteln, sowie von Brillen zu entrichten (§ 182 a RVO, § 14 KVLG). Selbstbeteiligung in diesem Sinne ist neuerdings ferner bei Krankenhauspflege (§ 184 Abs. 3 RVO, § 17 Abs. 3 KVLG) sowie bei Reiseleistungen (§ 194 Abs. 1 Satz 2 RVO, § 21 b Abs. 1 Satz 2 KVLG) vorgesehen. Dem zweitgenannten Zweck dient die Möglichkeit, den Versicherten durch Satzungsbestimmung an den Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung¹⁰⁸⁾ schlechthin oder unter bestimmten Voraussetzungen und Zahlungsmodalitäten zu beteiligen (§ 182 e Satz 2 RVO, § 16 Abs. 4 Satz 2 KVLG), und zwar namentlich dann, wenn der Versicherte diese regelmäßig kostenintensive und langwierige Heilmaßnahme vorzeitig abbricht. Im Hintergrund steht dabei die Erfahrung, daß vor Einführung dieser Regelung durch das KVKG kieferorthopädische Behandlungen häufig vorzeitig abgebrochen und so Kassenmittel letztlich fruchtlos vergeudet wurden¹⁰⁹⁾. Bei den angeführten Mehrbedarfsfällen schließlich geht es um einheitliche Leistungsgegenstände, die entweder neben der Erfüllung des Leistungszwecks dem Versicherten gleichzeitig vermögenswerte Vorteile für seine allgemeine Lebenshaltung bringen - so z. B. bei orthopädischen Schuhen, die

105) Vgl. Zacher, Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 59; Hoernigk, BB 1977, S. 1261 (1267)

106) Diesen Selbstbehalt als "Gebühr" zu bezeichnen, ist verfehlt, da ihr Zweck eben nicht darin besteht, eine besondere öffentliche Dienstleistung abzugelten, sondern die Krankenkassen zu entlasten.

107) Vgl. dazu unten Abschnitt C II 1 c (S. 90)

108) Vgl. dazu auch BSGE 35, 10 ff.

109) Vgl. Amtl. Begr. zu § 1 Nr. 9 zum KVKG; BT-Drs. 8/338, S. 25

Hilfsmittel und zugleich Bekleidungsstück sind¹¹⁰⁾ - oder die aufwendiger als die kassenübliche Leistung sein sollen - so z. B. bei Wahl einer "besseren" Pflegeklasse im Krankenhaus¹¹¹⁾. In allen diesen Fällen muß der Versicherte den privaten Lebensführungsanteil oder den Mehraufwand selbst tragen.

IV. Die Begrenzung des Leistungsanspruchs auf das Ausreichende, Zweckmäßige und das Maß des Notwendigen

1. Das Wirtschaftlichkeitsgebot als allgemeines Handlungsprinzip der GKV bei Leistungen der Krankenpflege

Ein weiteres wesentliches Kernstück des Leistungsrechts der GKV, soweit es die Sach- und Dienstleistungen im Rahmen der Krankenpflege betrifft, ist das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG). Die Leistung muß danach "ausreichend" und "zweckmäßig" sein und darf das "Maß des Notwendigen" nicht überschreiten. Einen denkbare inhaltlich, wenngleich nicht in der Formulierung identischen Maßstab enthält für den Bereich der kassen(zahn)ärztlichen Versorgung namentlich die Erfüllungsvorschrift des § 368 e RVO¹¹²⁾.

110) Vgl. dazu BSGE 42, 229; Gem. Rdschr. der Spitzenverbände der Kranken-, Renten- und Unfallversicherungsträger vom 10.6.1975, DOK 1975, S. 649; vgl. jetzt auch: § 182 b Satz 1 RVO (§ 16 Abs. 2 Satz 3 KVLG)

111) Vgl. BSGE 42, 117; weitere Beispiele bei Marburger, a.a.O., S. 358 ff.; das war in der GKV nicht immer so, denn ursprünglich wurde hier vom "Ganzheitsprinzip" ausgegangen, d. h., entweder begnügte sich der Versicherte mit der "normalen" (kassenüblichen) Leistung oder er verlor, wenn er ein "Mehr" wollte, seinen Leistungserfüllungsanspruch (vgl. Peters, ZSR 1980, S. 474/478 m.w.N.)

112) Vgl. Heinemann-Liebold, Kassenarztrecht, § 368 e RVO, Anm. 1 (C 247); Töns, Festschrift für Brackmann, S. 81 (87); BSGE 17, 79 (84); 19, 123 (128); 26, 16 (20); kritisch: Peters, SGB 1965, S. 257

Hinter der Begriffstrias "ausreichend", "zweckmäßig", "notwendig" verbirgt sich ganz generell gesehen das Problem ökonomischer Effizienz, mit dem angesichts mehr oder weniger begrenzter Ressourcen jedes soziale Versorgungssystem zu kämpfen hat¹¹³⁾. Zu Recht wird daher im Wirtschaftlichkeitsgebot ein (weiteres) wesentliches Steuerungselement der GKV gesehen¹¹⁴⁾, das in globalem Zusammenhang mit dem tradierten Grundsatz sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung in den öffentlichen Haushalten steht¹¹⁵⁾. So gesehen, soll die Verpflichtung der Krankenkassen auf das Wirtschaftlichkeitsgebot letztlich die Finanzierbarkeit der GKV ganz allgemein erhalten helfen.

2. Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Bedarfskonkretisierungsmaßstab

Die andere, hier interessierende Seite betrifft das Ausmaß des individuellen Leistungsanspruchs. Insofern ist die Formel "ausreichend", "zweckmäßig", "notwendig" ein (abstrakter) Maßstab, den Bedarf im Einzelfall zu konkretisieren, wobei die beiden ersten Merkmale das untere und das Kriterium "Maß des Notwendigen" das obere Limit umschreiben. Die Präzisierung dieses Rahmens ist freilich nur im Einzelfall möglich¹¹⁶⁾. Dabei spielen sowohl qualitative als auch quantitative Aspekte eine Rolle. Das Kassenarztrecht enthält dazu eine Reihe präzisierender Regulative, indem danach die ärztliche Versorgung

113) Vgl. Silomon, a.a.O., S. 45 ff.

114) Vgl. Siebeck, a.a.O., S. 104

115) Vgl. Töns, a.a.O., S. 81 f.

116) Vgl. Peters, a.a.O. § 182 RVO, Anm. 5 b (S. 17/288-1-)

ausreichend	§§ 368 e Satz 1, 368 g Abs. 1
	Satz 1, 368 p Abs. 1 Satz 1 RVO
zweckmäßig	ebenda
notwendig	§ 368 g Abs. 1 Satz 1 RVO - im Gegensatz zum nicht Notwendigen: § 368 e Satz 2 RVO -
wirtschaftlich	§§ 368 n Abs. 5, 368 p Abs. 1 Satz 1 RVO - im Gegensatz zum nicht Wirtschaftlichen: § 368 e Satz 2 RVO -
bedarfsgerecht	§§ 368 Abs. 3, 405 a Abs. 1 RVO
und zwar gemäß dem Stande	
- der Wissenschaft	§ 405 a Abs. 1 Satz 1 RVO
- von Wissenschaft	
und Technik	§ 368 Abs. 3 RVO
- der ärztlichen Kunst	§ 368 e Satz 1 RVO
gleichmäßig	§§ 368 Abs. 3, § 368 g Abs. 1 Satz 1 RVO

sein muß.

Verallgemeinernd lassen sich diese Merkmale mit Zacher¹¹⁷⁾ auf zwei Prinzipien konzentrieren: "die Leistung muß 'vollständig' und 'normal' sein". Für die große Masse der alltäglichen Leistungsfälle bereitet die Unbestimmtheit der in Rede stehenden Formel in der Praxis regelmäßig keine Schwierigkeiten. Umso schwieriger wird es allerdings bei solchen gesundheitlichen Gütern und Dienstleistungen, insbesondere therapeutischen Verfahren, die neu auf den Markt kommen und nicht ohne weiteres einer der benannten Krankenpflege-Leistungen zugeordnet werden können. Hier ist dann oft die Formel des § 182 Abs. 2 RVO praktisch der einzige Maßstab, um über die "Leistungsfähigkeit" hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs zu befinden¹¹⁸⁾.

117) Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?, S. 30; ders., SGB 1980, S. 505 (508)

118) Vgl. dazu etwa das BSG-Urteil vom 7.11.1979 (Az.: 9 RVI 2/78) zur Frage, ob Reittherapie als Heilbehandlung angesehen werden kann; auszugsweise abgedruckt in ArztR 1981, S. 146 f.

a) "Zweckmäßig" und "Ausreichend"

Töns¹¹⁹⁾ zufolge ist eine beanspruchte Leistung dann "zweckmäßig", wenn sie nach ihrer Funktion geeignet ist, einen anzustrebenden Erfolg (Zweck) zu erreichen, bzw. ihn "zu bewirken". Dieser wiederum ergibt sich aus dem individuellen Krankheitsbild und dem, was nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst erreichbar ist. So kann zwar bei gebotener Betrachtungsweise ex ante nicht verlangt werden, daß die fragliche Leistung einen bestimmten gewünschten (Heil-) Erfolg auch tatsächlich erreicht, "sie muß (aber) gewährleisten, daß geschieht, was in Richtung auf diesen (individuell möglichen) Erfolg hin geschehen kann"¹²⁰⁾. Daraus folgt, daß den anzustrebenden Erfolg eine untaugliche, mangelhafte oder gar schädliche Maßnahme von vornherein nicht herbeizuführen vermag. Ebensowenig wäre dazu eine quantitativ unzureichende oder verspätete Leistungsgewährung imstande¹²¹⁾. Folgerichtig fordert daher das Gesetz, daß die zu gewährende Leistung "ausreichend" sein muß. Es kann dahinstehen, ob Töns' Gleichung "ausreichend" = "zweckmäßig"¹²²⁾ wirklich zutrifft, jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß beide Kriterien in untrennbarer Wechselbeziehung zueinander stehen. Sie machen positiv deutlich, daß nur solche Güter als Krankenpflegeleistungen in Betracht kommen, die objektiv, d. h., nach wissenschaftlich gesicherter Anschauung und unbeschadet der für jedes ärztliche Handeln erforderlichen Therapiefreiheit zur Erreichung des anzustrebenden positiven Leistungserfolgs geeignet sind¹²³⁾. Das hat zur Konsequenz, daß medizinwissenschaftlich nicht anerkannte bzw. den "Regeln der ärztlichen Kunst" nicht ent-

119) a.a.O., S. 82

120) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 31

121) Das Gebot rechtzeitiger Leistungsgewährung - nach Bley, SGB-SozVers-Ges Komm., I § 17 SGB, Anm. 4 c eines der wichtigsten sozialrechtlichen Gebote - hat der Gesetzgeber nunmehr in I § 17 Abs. 1 SGB herausgestellt.

122) Vgl. a.a.O., S. 84 f.

123) Vgl. Töns, a.a.O., S. 86 f. m.w.N.

sprechende Heilweisen, namentlich sog. "Außenseitermethoden" nicht Leistungsgegenstand der GKV sein können¹²⁴⁾. Ist der Anspruch auf eine Dienstleistung gerichtet oder wird im Zusammenhang mit der Gewährung einer Sachleistung eine qualifizierte Dienstleistung erforderlich, so impliziert dies außerdem, daß der Leistungserbringer über die erforderliche fachliche Befähigung verfügen muß¹²⁵⁾.

b) Das Maß des Notwendigen

Dem durch die genannten Standards gekennzeichneten Minimum des Leistungsanspruchs gegenüber steht das "Maß des Notwendigen" als Anspruchsmaximum. Mit der Formulierung "jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten" ist das (richtige) Verhältnis zwischen dem konkreten Leistungszweck (Erfolg) und dem hierfür einzusetzenden (= notwendigen) Aufwand gemeint¹²⁶⁾ und bedeutet, daß bei gleicher Zweckeignung (Wirksamkeit) dem billigeren vor dem teureren vergleichbaren Mittel und der kürzeren vor der langwierigeren Behandlungsweise der Vorzug zu geben ist¹²⁷⁾. Dies kann freilich nicht mehr als eine Faustformel sein, weil meist mehrere Variable gleichzeitig in Betracht kommen. Die Notwendigkeitsklausel zielt auf die "normale" Leistung¹²⁸⁾. Was "normal" ist, ist eine Frage der Kosten/Nutzen-Relation¹²⁹⁾, soferne - wie häufig - mehrere gleichermaßen geeignete Behandlungsweisen zur Verfügung stehen; gibt es nur eine, müssen die Kosten gänzlich außer Betracht bleiben¹³⁰⁾. In keinem Fall aber kann es auf subjektive

124) Vgl. § 368 Abs. 3, § 368 e Satz 1 RVO; nicht "kassenüblich" sind danach etwa die Frischzellentherapie (BSGE 34, 127), homöopathische Verfahren (BSG, NJW 1978, S. 605), die Akupunktur (LSG Rhld-Pfalz vom 29.7.1976, VersR 1977, 369)

125) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 42

126) Vgl. Töns, a.a.O., S. 82

127) Vgl. Heinze, a.a.O., § 182 RVO Anm. 14 ; Heinemann-Liebold, a.a.O., § 368 e RVO, Anm. 1 (C 245); BSGE 17, 79 ff.

128) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 37

129) Vgl. Töns, a.a.O., S. 83

130) a.a.O., S. 84

Erwartungen des Versicherten, dem naturgemäß nur das Teuerste für seine Gesundheit gut genug ist, ankommen. Im latent vorhandenen Spannungsverhältnis zwischen Erwartung und Finanzierbarkeit, zwischen subjektivem Bedürfnis und objektivem Bedarf gebührt vielmehr zwangsläufig jeweils letzterem der Vorrang. Daraus folgt zum einen, daß ein Mehrbedarf des Versicherten im Grunde schon nach der Notwendigkeitsklausel zu seinen Lasten geht¹³¹⁾, weshalb die entsprechenden Regelungen in § 182 b Satz 3 und in § 182 c Abs. 5 RVO (§ 16 Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 3 KVLG) ebenso wie die Bestimmungen über die vom Versicherten verursachten und von ihm zu tragenden Mehrkosten (§ 184 Abs. 2 Satz 2, § 368 d Abs. 2 RVO) eigentlich nur deklaratorischer Natur sind. Und zum zweiten ergibt sich daraus, daß die Notwendigkeit einer Leistung objektiv feststehen muß, somit also die Entscheidung darüber, ob die Krankenkasse für eine bestimmte Heilbehandlung einzutreten hat, nicht dem Anspruchsteller selbst überlassen bleiben kann, sondern von der Notwendigkeitsbeurteilung und Bewilligung durch einen Dritten abhängig ist¹³²⁾. Das ist selbst bei Versicherungs- und Versorgungssystemen auf der Grundlage des Kostenerstattungsprinzips der Fall¹³³⁾. Ohne dies hier schon abschließend erörtern zu können, kommen dafür der (Kassen-) Arzt, die Krankenkasse, möglicherweise aber auch der nicht-ärztliche Leistungserbringer selbst in Betracht¹³⁴⁾.

131) Vgl. dazu auch oben A III 2 b) bb) (S. 31 ff.)

132) Vgl. BSG, NJW 1978, S. 605 (606)

133) Vgl. etwa die Notwendigkeits- und Angemessenheitsklausel in Nr. 3 Abs. 1 der Beihilfevorschriften (für den öffentlichen Dienst) und in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der privaten Krankenversicherung; vgl. hierzu auch BGH, NJW 1979, S. 1250; Schmid, NJW 1981, S. 2504; Walther, NJW 1982, S. 2592 f.

134) Vgl. dazu näher unten Abschnitt C III (S. 104 ff.)

B) Der Inhalt der ärztlichen Behandlungsleistungen, der Personenkreis der hierzu Befugten und Abgrenzung dieser Leistungen von den nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen

I. Das sog. "Arztmonopol" in der GKV

Der Katalog der Dienst- und Sachleistungen im Rahmen der Krankenpflege deutet schon äußerlich darauf hin, daß Arzt und Zahnarzt im Naturalleistungssystem der GKV eine dominierende Rolle innehaben, da immerhin "ärztliche" und "zahnärztliche" Behandlung an seiner Spitze stehen (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 lit. a RVO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 KVLG). Dies wird bekräftigt durch die Vorschrift des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO, derzufolge die ärztliche Behandlung "durch approbierte Ärzte, bei Zahnkrankheiten auch durch approbierte Zahnärzte geleistet" wird. Andererseits zeigen § 122 Abs. 1 Satz 2 und § 123 RVO - Vorschriften, die über § 82 Nr. 1 KVLG auch für die landwirtschaftliche Krankenversicherung gelten -, daß auch nichtärztliches Personal zur Leistungserbringung im Rahmen der GKV berechtigt sein kann. Damit ist zwar augenscheinlich, daß das Leistungsrecht der GKV persönliche Anforderungen an den Leistungserbringer stellt, die genannten Vorschriften lassen indes aus sich heraus eine abschließende Abgrenzung der nichtärztlichen von den ärztlichen Naturalleistungen nicht zu. Antwort hierauf vermag vielmehr nur der materielle Inhalt der einzelnen Leistung unter Berücksichtigung des öffentlichen Gesundheitsrechts, namentlich des Heilberufsrechts zu geben.

1. Die gesundheitspolitische Funktion der GKV

Die Leistungen der GKV sollen bei Vorliegen eines Leistungsanspruchs wirtschaftliche Entlastung und sozialen Ausgleich bewirken. Entlastung und Ausgleich besteht nach dem bisher Gesagten darin, alles Notwendige zu tun, um eine Krankheit zu heilen oder, wenn das nicht möglich ist, wenigstens zu lindern. Daraus folgt, daß die für den Krankheitsfall

vorgesehenen Leistungen sowohl einen sozialen als auch einen gesundheitlichen Rehabilitationszweck haben, mithin also die GKV auch ein Institut der Gesundheitssicherung ist¹⁾. Dessen unbeschadet sind dem Recht der GKV schon nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung die Normen des allgemeinen Gesundheitsrechts, namentlich des Heilberufsrechts vorgegeben²⁾. Das aber heißt, daß die Krankenkassen die Leistungen der GKV so erbringen müssen und nur so erbringen dürfen, daß sie mit diesen Vorgaben in Einklang stehen. Jede dazu in Widerspruch stehende Leistung wäre angesichts der Bindung der Krankenkassen an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) rechtswidrig³⁾.

2. Die heilberufsrechtlichen Vorgaben der GKV

Ansatzpunkt ist zunächst die Frage der Kurierbefugnis. Seit der Beseitigung der absoluten Kurierfreiheit durch das "Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz)" - HPG -⁴⁾ aus dem Jahre 1939 sind zur Ausübung der Heilkunde nur noch Ärzte und Heilpraktiker berechtigt (§ 1 Abs. 1 HPG, § 2 Abs. 5 BÄO). Eine ähnliche Regelung

1) Vgl. Gesundheitsbericht der Bundesregierung, erstattet vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, 1971, S. 68 ff.; Zacher, Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 108 ff.

2) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 36

3) Vgl. Bettermann, Die Bindung der Sozialbehörden an Gesetz und Recht in: Weber/Ule/Bachof, Rechtsschutz im Sozialrecht - Beiträge zum Ersten Jahrzehnt der Rechtsprechung des BSG, S. 47

4) RGBl I 1939, S. 251 = BGBI III 2122-2; geltende Fassung abgedr. bei Theobald/Erdle, Das Recht der Heilhilfsberufe, Hebammen und Heilpraktiker, Glmr. 30.1

für den Bereich der Zahnheilkunde enthält das "Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde" (ZHKG) vom 31. März 1952⁵⁾. Während aber das ZHKG die Kurierfreiheit in der Zahnmedizin kompromißlos beseitigt hat und nur noch Personen aufgrund einer Approbation als Arzt oder einer Bestallung als Zahnarzt zur Ausübung der Zahnheilkunde zuläßt (§ 1 Abs. 2, §§ 8 ff. ZHKG), zahnheilkundliche Betätigung ansonsten - im Wege der Besitzstandswahrung - aber nur noch solchen Personen gestattet, die bereits vor Inkrafttreten des ZHKG die Zahnheilkunde ausgeübt hatten (§ 19 ZHKG), kann davon im allgemein-heilkundlichen Bereich nur mit Einschränkungen die Rede sein⁶⁾:

Mit dem Heilpraktikergesetz wurden zwar die Laienbehandler zum staatlich anerkannten Heilberuf erhoben, andererseits (sollte) dieser (neue) Berufsstand zum Aussterben gebracht und damit die Kurierbefugnis langfristig auf die Ärzte monopolisiert werden⁷⁾. Diese Absicht war normativ allerdings nicht konsequent durchgeführt, da es ins Ermessen der zuständigen Behörden gestellt wurde, "in besonders begründeten Ausnahmefällen" doch neue Berufserlaubnisse für Laienbehandler zu erteilen. Die Unbestimmtheit dieser Ausnahmeklausel von der grundsätzlichen Nachwuchssperre für Heilpraktiker war nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht vereinbar und konnte

5) Vgl. BGBI I S. 221; zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. August 1977, BGBI I S. 1581

6) Vgl. Bockelmann, Das Strafrecht des Arztes, S. 7; ders. NJW 1966, S. 1145 (1148)

7) Vgl. hierzu und zur Geschichte des Kurierrechts in Deutschland sehr eingehend: Gillhausen, Das Berufsrecht der Heilpraktiker, S. 20 ff.; Krämer, Das Recht der Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung und des Arztrechts, jur. Diss. Bonn, S. 40 ff.

daher nachkonstitutionelle Fortgeltung nicht beanspruchen⁸⁾. Die Folge hiervon war, daß nunmehr jeder, der die Zugangsvoraussetzungen nach § 2 der Ersten DVO zum Heilpraktikergesetz⁹⁾ erfüllt, einen Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung hat¹⁰⁾.

So kommt es, daß neben dem qualifiziert ausgebildeten ärztlichen Beruf ein zweiter Heilberufsstand existiert, bei dem de lege lata auf jede Berufsqualifikation verzichtet wird, da Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen - was angesichts der ursprünglichen gesetzgeberischen Intentionen konsequent war - fehlen. Das geltende Recht der nichtärztlichen Heilkundenausübung beschränkt sich vielmehr auf einen gesundheitspolizeilichen Minimalschutz, indem es unzuverlässigen, physisch oder psychisch ungeeigneten und solchen Personen den Zugang zum Heilpraktikerberuf verwehrt, die die Heilkunde nicht ohne "Gefahr für die Volksgesundheit" ausüben würden. Dieser Rechtszustand ist gesundheitspolitisch höchst fragwürdig und rechtlich anachronistisch, wenn man die berufsrechtlichen Qualifikationsanforderungen der übrigen Heil- und Heilhilfsberufe in Betracht zieht. Dies umso mehr, als das Heilpraktikerrecht eine Art Auffangfunktion für den auf heilkundlichem Gebiet tätigen, aber einschlägig ausgebildeten klinischen Diplom-Psychologen hat, solange ein Berufszulassungsgesetz für nichtärztliche Psychotherapeuten fehlt¹¹⁾.

8) Vgl. BVerwGE 4, 250; BVerwG, Buchholz 418.04, Nr. 5

9) vom 18.2.1939, RGBI I S. 259 = BGBl III 2122-2-1; geltende Fassung abgedr. bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 30.1.1

10) Vgl. BVerwGE 4, 250; BVerwG, Buchholz 418.04, Nr. 4

11) Vgl. OVG Münster vom 23.5.1956, DVBl 1956, S. 795; BayObLG vom 10.8.1982, ArztR 1983, S. 18; BVerwG vom 10.2.1983, Az.: 3 C 21.82; Weidner, Psychologische Behandlung und Krankenkassen, S. 27; Schulte/Trenk-Hinterberger, ZRP 1978, S. 267 ff.; dies., ZfS 1979, S. 321 (323 ff.); Gillhausen, a.a.O., S. 72 f.; Krämer, a.a.O., S. 41; a. A.: Schumacher, NJW 1970, S. 1945 ff.; Kühne/Schwaiger, Zum Recht der Heilbehandlung durch Psychologen, S. 33; Rupp/v. Ohlhausen, Die verfassungsrechtliche Situation der nichtärztlichen Heilberufe in: Mergen, Die juristische Problematik in der Medizin, Band 1, S. 13 (21)

3. Der Begriff "Ausübung der Heilkunde"

a) Der Begriffsinhalt

Der zentrale Begriff des Kurierrechts, an den das Heilpraktikergesetz einerseits in § 1 Abs. 1 den Erlaubnisvorbehalt, andererseits in § 5 einen Straftatbestand knüpft, ist der der "Ausübung der Heilkunde". § 1 Abs. 2 HPG definiert Ausübung der Heilkunde als "jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen". Wie schon gesagt, zielt er auf die im öffentlichen Gesundheitsinteresse vollzogene Aufhebung der Kurierfreiheit durch das Heilpraktikergesetz ab, läßt aber im übrigen die nach wie vor bestehende Methodenfreiheit unberührt¹²⁾. Trotzdem wird der Heilkundebegriff immer dann wieder aktuell, wenn Therapieformen, derer sich die ärztliche Wissenschaft nicht befleißigt, von Nichtärzten angewandt werden. Die zitierte Legaldefinition ist nämlich schillernd und vielschichtig:

Einerseits ist sie viel zu weit, weil sie sowohl handwerklich-technische Verrichtungen erfaßt - z. B. das Anfertigen einer Prothese durch einen Orthopädiemechaniker - als auch solche Tätigkeiten, die üblicherweise sowohl von Ärzten durchgeführt als auch von Handwerkern beherrscht werden - so z. B. die von (Augen)Ärzten und Augenoptikern praktizierte Sehschärfenbestimmung -¹³⁾.

Andererseits wiederum ist sie viel zu eng, weil sie nur diagnostische und kurative, final auf Krankheiten, Leiden oder Körperschäden abzielende Tätigkeiten einbezieht und damit prophylaktisch durchgeführte oder rein kosmetisch indizierte, jedoch meist nicht weniger gefährliche Eingriffe in die

12) Vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 14, Fn. 1 (= NJW 1966, S. 1145, Fn. 3)

13) Vgl. Bockelmann, a.a.O., S. 3 f.; BVerwGE 23, 140 (Sehschärfenbestimmung)

menschliche Gesundheit ausklammert¹⁴⁾. Zu Recht ist daher nach h. M.¹⁵⁾ die Legaldefinition des Heilkundebegriffs im Anschluß an die Rechtsprechung zum früheren § 56 a GewO um das Erfordernis "ärztlichen Fachwissens" zu berichtigen, ebenso wie der Gesetzgeber dies bei der Legaldefinition des Zahnheilkundebegriffs in § 1 Abs. 2 ZHKG getan hat.

Damit ist praktisch die Rückkehr zum ehemals von der Rechtsprechung entwickelten Heilkundebegriff zu § 56 a GewO (a. F.) vollzogen. Danach war unter Ausübung der Heilkunde "jede nach allgemeiner Auffassung eine besondere ärztliche Fachkenntnis voraussetzende Tätigkeit zu verstehen, die auf Feststellung, Linderung oder Heilung von Krankheiten bei Menschen und Tieren gerichtet ist, mag sie von einem wissenschaftlich gebildeten Arzt oder einem Laien vorgenommen werden"¹⁶⁾. Diese Inhaltsbestimmung des Heilkundebegriffs zeigt zum einen, daß das konkrete therapeutische Tun keineswegs zum typischen Tätigkeitsprogramm des ärztlichen Berufs gehören muß, zum anderen verlangt sie nicht, daß der Arzt im konkreten Fall selbst über solche Fachkenntnisse verfügt. Das wird zwar gelegentlich behauptet¹⁷⁾. Diese Meinung verkennt indessen, daß sich andernfalls das Recht der nichtärztlichen Heilkundeausübung von selbst aus den Angeln heben würde, da dann etwa die Anwendung sog. "Außenseitermethoden", derer sich bevorzugt gerade nicht-ärztliche Therapeuten bedienen, nicht (mehr) dem Heilkundebegriff unterfiele¹⁸⁾. Dies liefe dem Zweck des HPG zuwider,

14) Vgl. Bockelmann, a.a.O.

15) Vgl. Bockelmann, a.a.O., S. 3, Marcetus, Arzneimittelrecht, 2. Auflage, 1955, S. 481, 483, 484, 486; BVerwG, NJW 1959, S. 833 (Nasenkorrektur); seither ständige Rechtsprechung

16) Vgl. RG vom 20.9.1915, GewArch. 16, 319; PreuBOVG vom 14.10.1926, GewArch. 27, 427 (428); KG vom 6.1.1933, abgedr. bei Marcetus, a.a.O., S. 501

17) so etwa Schumacher, a.a.O., S. 1947 hinsichtlich der Tätigkeit der nichtärztlichen Psychotherapeuten

18) Vgl. BVerwGE 35, 308 (314); BVerwG, NJW 1973, S. 579 (581)

jede Form eigenverantwortlich-selbständiger Heilbehandlung zum Schutz der Heilsuchenden von der Erteilung einer staatlichen Erlaubnis abhängig zu machen. Daher übt auch der nicht-ärztliche Psychotherapeut, wenn er auf seelische Krankheiten untersucht, diese heilt oder lindert, unzweifelhaft die Heilkunde aus, mag auch der durchschnittliche Arzt auf diesem Sektor keine oder nur geringe Kenntnisse haben¹⁹⁾. Indem beim Heilkundebegriff auf das Kenntniskriterium abzustellen ist, wird er auf den Bereich des Heilgeschehens eingegrenzt, von dem echt Gefahren für die Gesundheit ausgehen können. Erst auf diese Weise wird der Heilkundebegriff im Hinblick auf den gefahrenabwehrenden Zweck des Rechts der nichtärztlichen Heilkundeausübung funktionsgerecht. Im einzelnen ergibt sich hieraus dreierlei:

Einmal sind Heilmaßnahmen im Bagatellbereich, etwa die Behandlung einer geringfügigen Verletzung, - dies ist auch ein Gebot des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - keine Ausübung der Heilkunde i. S. von § 1 Abs. 2 HPG²⁰⁾. Gleiches gilt für handwerklich-technische Verrichtungen im Zusammenhang mit der Krankenbehandlung²¹⁾, mögen diese herkömmlich auch von Ärzten wahrgenommen werden. Umgekehrt sind aber all jene Verrichtungen heilkundlicher Natur, die zwar für sich gesehen nicht auf Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden abzielen, also ärztliche Fachkenntnisse nicht voraussetzen, jedoch erhebliche Gesundheitsgefährdungen mit sich bringen²²⁾. Dazu genügen bereits mittelbare Gesundheits-

19) a. A. Schumacher, a.a.O.; vgl. im übrigen die Nachweise in Fn. 11 (S. 42)

20) Vgl. BVerwG, NJW 1970, S. 1987, OLG Köln vom 5.4.1957; abgedr. bei Rabe, S. 225 (226)

21) Vgl. BVerwGE 23, 140 ff., BGH, NJW 1972, S. 1132 (beide die Sehschärfenbestimmung durch Augenoptiker betreffend); BGH, GewArch. 1972, S. 303 (Herstellung von Zahnprothesen durch Zahntechniker)

22) Vgl. BVerwG, NJW 1959, S. 833 (Nasenkorrektur); NJW 1966, S. 418 (Warzenbehandlung); NJW 1970, S. 1987 (Chiropraktik); BVerwGE 23, 140 (146 ff.) (Sehschärfenbestimmung)

gefahren, etwa dadurch, daß frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, verzögert werden kann und daß die Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefährdung nicht nur geringfügig ist²³⁾. Schließlich liegt Ausübung der Heilkunde wiederum nicht im Fall medizinischer Hilfstätigkeiten vor, die unter mehr oder weniger intensiver Aufsicht und Verantwortung einer befugten Heilperson vorgenommen werden²⁴⁾. Unter diesen Umständen geht nämlich die Hilfskraft der Heilperson quasi als Werkzeug "zur Hand", so daß deren Handlung der verantwortlichen Heilperson zuzurechnen ist²⁵⁾.

b) Der kurierrechtliche Status der sog. "Heilhilfspersonen"

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, wie die Tätigkeit der Heilhilfspersonen kurierrechtlich zu bewerten ist. Heilhilfsberufe sind alle jene Berufe des Gesundheitswesens, deren Berufsbezeichnung nach dem Vorbild des früheren § 29 GewO gesetzlich geschützt ist, ohne jedoch die Aufgaben dieser Berufe auf die Personen zu monopolisieren, die zur Führung der jeweils gesetzlich vorgesehenen Berufsbezeichnung aufgrund einer Erlaubnis berechtigt sind²⁶⁾. Hierher gehören die Krankenpflegeberufe ebenso wie die Berufe des Krankengymnasten, des Masseurs, des Logopäden aber auch der Beruf des medizinisch-technischen Assistenten, dessen

23) Vgl. BVerwGE, a.a.O.; BVerwG, NJW 1970, S. 1987

24) Vgl. BVerwG, a.a.O.

25) Vgl. zur Zulässigkeit und den Grenzen der Delegation ärztlicher Aufgaben: Hahn, NJW 1981, S. 1987 ff.

26) Vgl. dazu Bockelmann, a.a.O., S. 14, Anm. 8, ferner die Sammlung der Heilhilfsberufsgesetze bei Theobald/Erdle, a.a.O.; kritisch zur Regelungskonzeption der Heilhilfsberufsgesetze: Rupp/von Olshausen, a.a.O., S. 23

Berufsrecht - abweichend von der Regel - in Gestalt der sog. "vorbehaltenen Tätigkeiten" (§ 9 f. MTA-G) - ein Befugnismonopol enthält, wie dies bei den Heilberufen - ausgenommen der tierärztliche Beruf - der Fall ist. Die h. M. ist zwar der Ansicht, daß die Tätigkeit der Heilhilfsberufe generell keine Heilkundeausübung darstelle²⁷⁾, weil die Berufsangehörigen entweder schon begrifflich keine solche wahrnehmen oder aber auf ärztliche Anweisung oder unter ärztlicher Aufsicht tätig seien²⁸⁾, zwischen ihnen und den Heilpersonen also ein "Unterordnungsverhältnis" bestehe²⁹⁾. Diese generell-typisierende Betrachtungsweise ist heute nicht mehr unzweifelhaft. Sie mag zwar unter dem Gesichtspunkt der Eingliederbarkeit diagnostischen und therapeutischen Tuns teilweise zutreffen, allein verallgemeinern läßt sie sich nicht, da den Aufgabenprofilen dieser Berufe durchaus auch mehr oder weniger gefahrgeneigte Tätigkeiten innewohnen. Wo dies aber der Fall ist, kann andererseits nicht mehr allgemein von einem Subordinationsverhältnis die Rede sein. Etliche dieser Berufe lösen sich zunehmend aus der ärztlichen Gesamtverantwortung und zwar schon deshalb, weil der Arzt die Heilhilfstätigkeit entweder nicht (mehr) beherrscht oder nicht (mehr) beherrschen kann. Angesichts der (nicht nur) im Gesundheitswesen fortschreitenden Spezialisierungs- und der dadurch bedingten Emanzipationstendenzen ist bereits davon die Rede, daß die Rolle des Arztes immer mehr die eines "Koordinator(s) der Gesundheit"³⁰⁾ wird. Es kann daher nicht mehr ohne weiteres gesagt werden, die Heilhilfsberufe üben die Heilkunde nicht aus. Andererseits würde Unsinn zur Methode, wollte man

27) Vgl. Gillhausen, a.a.O., S. 67, m. w. V. Bockelmann, a.a.O., S. 4; BVerwG, NJW 1970, S. 1987 (1988)

28) so Gillhausen, a.a.O.

29) so das BVerwG, a.a.O.

30) Vgl. Schimmelpfeng, NJW 1976, S. 2293

von ihnen neben der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung noch eine Heilpraktikererlaubnis verlangen, zumal über den Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 HPG Gefahren für die Volksgesundheit, die sich aus mangelnden positiven Kenntnissen und Fähigkeiten ergeben, gerade nicht abgewehrt werden können. Soweit die Angehörigen dieser Berufe im Rahmen des von den jeweiligen öffentlich-rechtlichen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen³¹⁾ vorgezeichneten Aufgabenprofils tätig werden, ist dem Schutz der Allgemeinheit bereits durch die Bezeichnungsführungserlaubnis hinreichend Rechnung getragen. Es verstieße aufgrund dessen sowohl gegen das Übermaßverbot als auch gegen das Willkürverbot, diese Berufe zusätzlich noch dem Erlaubnisvorbehalt nach § 1 Abs. 1 HPG zu unterwerfen. Letzteres kann vielmehr nur dann angenommen werden, wenn sie die Grenzen ihres berufsrechtlich vorgegebenen Tätigkeitsrahmens überschreiten und dabei eigenverantwortlich-selbständig tätig werden³²⁾.

4. Der Begriff der ärztlichen und der zahnärztlichen Behandlung im Leistungsrecht der GKV

a) Zur historischen Entwicklung

Das Recht der GKV ist historisch gesehen in die Zeit weitgehender allgemeiner³³⁾ Kurierfreiheit "hineingeboren".

31) abgedruckt bei Theobald/Erdle, a.a.O.

32) so im Ergebnis auch das Chiropraktik-Urteil des BVerwG (Fn.22) das die eigenverantwortlich-selbständige chiropraktische Tätigkeit eines "staatlich anerkannten Masseurs" als (unerlaubte) Ausübung der Heilkunde bewertete.

33) Einschränkungen bestanden vor Inkrafttreten des HPG im wesentlichen nur auf den Gebieten des Impfwesens, der gemeingefährlichen und der Geschlechtskrankheiten einschließlic der Krankheiten der Geschlechtsorgane; vgl. dazu Gillhausen, a.a.O., S. 22 ff.

Bereits zur Zeit der Bismarck'schen Kranken- und Unfallversicherungsgesetze war es herrschende Ansicht, daß die bei Eintritt des Versicherungsfalls zu gewährende "freie ärztliche Behandlung" bzw. "Heilbehandlung" eben nur dann "frei", d. h. für den Versicherten unentgeltlich sein sollte, wenn sie von "approbierten Ärzten" vorgenommen wurde³⁴⁾. Jede von einem sog. "Naturarzt" oder einem anderen Laienbehandler erbrachte Heilbehandlung wurde - von Notfällen abgesehen - als nicht leistungspflichtiges "aliud" betrachtet³⁵⁾. Begründet wurde diese Auffassung damit, daß medizinwissenschaftlich weder qualifiziert vorgebildete noch sonst staatlich geprüfte Behandler keine Gewähr für den Heilerfolg bieten konnten³⁶⁾. Diese Ansicht war folgerichtig: Indem der Staat mangels Erlaubnisvorbehalt nicht einmal die Gewähr dafür übernommen hatte, daß von Laienbehandlern keine Gefahren für die Volksgesundheit ausgehen, sondern dies allein in der persönlichen Risikosphäre des Heilungsuchenden beließ, konnte er erst recht nicht den Laienbehandlern über die GKV ein Auskommen sichern. Dies umso mehr, als die Leistungen der GKV auf einen bestimmten positiven Nutzen angelegt sein müssen und sich nicht nur darauf beschränken können, daß sie jedenfalls "nicht schaden". Eben diesem Nutzenanspruch aber konnten Laienbehandler von vornherein nicht entsprechen. Im Arztmonopol des § 122 Abs. 1 RVO wurde diese Rechtsüberzeugung letztlich nur festgeschrieben, wobei diese Regelung im übrigen auch im Lichte des damaligen § 29 GewO zu sehen ist, wonach nichtärztliche Heilbehandler von amtlichen bzw. im öffentlichen Gesundheitsinteresse liegenden Funktionen fernzuhalten waren³⁷⁾.

34) Vgl. Hahn, KVG, 5. Auflage 1907, § 6, Anm. 2 b m. w. N.

35) Vgl. a.a.O., Anm. 2 c

36) Vgl. Bericht der Kommission zur KVG-Novelle (1.92), S. 53; Sten.Bericht des Reichstags 1892, S. 2957, 4745 ff.; ebenso RT-Drs. 12/1340, Anlage 1; II. Session 1909/10, S. 136

37) Vgl. Krämer, a.a.O., S. 24 ff.

b) Die Leistungsinhalte

aa) nach der Art der Verrichtung

Gegenstand des ärztlichen und des zahnärztlichen Berufs ist die Ausübung der Heilkunde bzw. die Ausübung der Zahnheilkunde (§ 2 Abs. 5 BÄO, § 1 Abs. 1 ZHKG). Daraus folgt zunächst, daß mit den Leistungen "ärztliche" bzw. "zahnärztliche Behandlung" i. S. der RVO und des KVLG über die gemeinsamen, für alle Zweige der Sozialversicherung geltenden Vorschriften der §§ 122 f. RVO alle Dienstleistungen des Arztes und des Zahnarztes gemeint sind, die, weil sie ärztliche bzw. zahnärztliche Sachkunde erfordern, Ausübung der Heilkunde bzw. der Zahnheilkunde darstellen³⁸⁾. Ärztliche bzw. zahnärztliche Behandlung im Recht der GKV umfaßt daher die gezielt auf Feststellung, Heilung oder Linderung einer Krankheit bzw. Zahnkrankheit gerichtete Tätigkeit des Arztes bzw. des Zahnarztes³⁹⁾. Der Begriff der ärztlichen bzw. zahnärztlichen Behandlung ist personell allerdings insofern eingeschränkt, als - von Notfällen abgesehen - nicht jeder Arzt oder Zahnarzt, sondern nur die zur kassenärztlichen Versorgung "zugelassenen", "beteiligten" und "ermächtigten" Ärzte bzw. Zahnärzte sowie "ärztlich geleitete Einrichtungen" zu ihrer Erbringung berechtigt sind (§ 368 Abs. 2, § 368 a Abs. 1, § 368 d Abs. 1 Satz 2 RVO). Welche Therapien und ärztliche Maßnahmen im einzelnen zum Kernbereich der kassenärztlichen und kassenzahnärztlichen Behandlung

38) Vgl. Narr, Ärztliches Berufsrecht, Band 1, Rdnr. 20; Peters, a.a.O., Anh. zu Teil I, § 122 RVO, Anm. 2 (S. A 39); Heinze, RVO-Gesamm., § 182, Anm. 7 (S. 108/8); Palm, a.a.O., S. 135

39) Vgl. Heinemann/Liebold, a.a.O., § 368 RVO, Rdnr. C 13; Brackmann, a.a.O., S. 384 i, 385 a; der genannte berufstypische Tätigkeitskern kennzeichnet den beruflichen "Status" des Arztes bzw. des Zahnarztes (vgl. Weidner, a.a.O., S. 49)

gehören, ist analog dem Fortschritt in der Medizin einem ständigen Wandel unterworfen⁴⁰⁾ und demzufolge Gegenstand umfangreicher Kasuistik⁴¹⁾. Unter den Behandlungsbegriff sind aber nicht nur echte (zahn)heilkundliche, sondern auch all jene Dienstleistungen des Arztes oder Zahnarztes zu subsumieren, die bei lebensnaher Betrachtung zum (zahn)ärztlichen Wirkungskreis, mithin zu seiner beruflichen "Sphäre" gehören⁴²⁾. Ärztliche Behandlung ist demzufolge die Vornahme von Massagen⁴³⁾ durch den Arzt genauso wie die (augen)ärztliche Sehschärfenbestimmung, zu deren Vornahme, wie dargelegt, auch der Augenoptiker berechtigt ist⁴⁴⁾. Umgekehrt liegt ärztliche bzw. zahnärztliche Behandlung begrifflich nicht mehr vor bei rein handwerklich-technischen Verrichtungen, so etwa bei Herstellung von Körperersatzstücken oder von Zahnersatz⁴⁵⁾. Auch die Versorgung mit Arzneimitteln wird nicht dadurch zur ärztlichen Behandlung, daß der Arzt selbst hergestellte Medikamente an seine Patienten abgibt^{45a)}. Ausnahmsweise liegt (zahn)ärztliche Behandlung ferner dann nicht vor, wenn die Maßnahme leistungsrechtlich anders gewertet wird, mag sie materiell auch (zahn)heilkundlicher Natur sein. Dies ist der Fall etwa bei den im Rahmen

40) Vgl. BSGE 23, 170 (179)

41) Vgl. Brackmann, a.a.O. mit zahlreichen Beispielen

42) Vgl. Narr, a.a.O., Rdnr. 987; Brackmann, a.a.O.; Weidner, a.a.O.

43) Vgl. Schmid, Sachleistungslexikon, S. III/371, Stichwort: "Krankengymnastik"

44) Vgl. oben Abschnitt B I 3 a (S. 43); ferner BSGE 36, 140 (149 f.)

45) Vgl. RVAE 5273, AN 1930, S. 127; BSGE 23, 176 (176); BGH, GewArch. 1972, S. 303; Grillmaier, DfV 1973, S. 705; kritisch zu zahntechnischen Praxislaboratorien der Zahnärzte: Barth/Binz/Ohlrogge, Zahnärzte, Zahntechniker und Krankenkassen, S. 28 f.

45a) Vgl. Seewald, NJW 1981, S. 2493 (2498)

der Zahnprothetik erbrachten (kassen)zahnärztlichen Dienstleistungen; sie werden nunmehr zwar "natural" gewährt, gehören aber nach der Systematik des Leistungskatalogs der GKV nicht zur (allgemeinen) zahnärztlichen Behandlung i. S. von § 182 Abs. 1 Nr. 1 a RVO, § 13 Abs. 1 Nr. 1 KVLG⁴⁶⁾. Selbstverständlich ebenfalls nicht Gegenstand der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlungsleistungen sind die nicht "kassenüblichen" therapeutischen Verfahren⁴⁷⁾.

bb) nach den persönlichen Anforderungen

Der ärztliche Beruf ist wesensmäßig durch die Personenhaftigkeit seines Tuns geprägt. Von einem Arzt-Patienten-Verhältnis^{47 a)} könnte andernfalls nicht die Rede sein. Der Arzt hat hierbei alles in Richtung auf Krankenheilung oder Krankheitslinderung hin medizinisch Mögliche zu tun, ohne einen bestimmten Erfolg selbst zu schulden. Die ärztliche und zahnärztliche Behandlung als Inbegriff all dessen besteht dementsprechend in der Verrichtung von Diensten⁴⁸⁾. Der Arzt oder Zahnarzt muß zwar diese Dienste nicht höchstpersönlich, wohl aber in persönlicher Verantwortung erbringen⁴⁹⁾. Die Heranziehung von Gehilfen ist damit nicht ausgeschlossen, im Heilgeschehen sogar durchwegs erforderlich⁵⁰⁾. Folgerichtig bestimmt § 122

46) Vgl. dazu nochmals Abschnitt A III 2 b) aa) (S. 28 f.)

47) Vgl. dazu nochmals Abschnitt A IV 2 a) (S. 35 f.)

47 a) Vgl. dazu etwa Rohde, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band XV: Arzt und Gesellschaft, S. 45 ff. und Hartmann, ebenda, S. 58 ff.

48) Auch nach bürgerlichem Recht ist der Arztvertrag Dienstvertrag, nicht Werkvertrag (vgl. Palandt, § 611 BGB, Vorbem. 2 a bb)

49) Vgl. dazu BVerfGE 10, 345 (364); 17, 232 (239)

50) Vgl. dazu z. B. § 17 Abs. 1 der BerufsO für die Ärzte Bayerns (abgedruckt im BayÄBl, Sonderheft Dezember 1979); § 4 Abs. 1 Satz 3 der BerufsO für die bayerischen Zahnärzte (Bayer. Zahnärzteblatt 1979, S. 51)

Abs. 1 Satz 2 RVO, daß die ärztliche Behandlung Hilfeleistungen anderer (nichtärztlicher) Personen umfaßt, allerdings nur unter der Einschränkung, daß der (Kassen-)Arzt oder (Kassen-)Zahnarzt sie "anordnet" oder daß in dringenden Fällen kein Arzt oder Zahnarzt zugezogen werden kann.

Jede heilkundliche oder sonst dem ärztlichen oder zahnärztlichen Aufgabengebiet zurechenbare Tätigkeit kann danach zur ärztlichen bzw. zahnärztlichen Behandlung gehören, wenn an der Erbringung ein Gehilfe beteiligt ist. Hierbei kann es sich sowohl um Hilfspersonal (Arzt- oder Zahnarzhelfer/innen), als auch um sog. "Heilhilfspersonen", wie z. B. Masseur oder Krankengymnasten handeln. Voraussetzung für die Zuordnung deren Behandlungsanteils zur (zahn)ärztlichen Behandlung ist aber nach h.M.⁵¹⁾, daß der (Kassen-)Arzt oder (Kassen-)Zahnarzt mindestens mittelbar in der Weise tätig wird, daß er - schon wegen der mit jeder Krankenbehandlung verbundenen Risiken - je nach Falllage die (Heil-) Hilfsperson persönlich mehr oder weniger intensiv anleitet oder beaufsichtigt und so die Tätigkeit des (Kassen-)Arztes in den Vordergrund tritt. Unbeschadet ihres kurierrechtlichen Status handelt demnach eine Heilhilfsperson unter diesen Umständen krankenversicherungsrechtlich als unselbständige Hilfsperson auf (zahn-)ärztliche "Anordnung". Diese ist gegenüber der (zahn-) ärztlichen "Verordnung", die lediglich die Notwendigkeit einer eigenverantwortlich-selbständig erbringbaren nichtärztlichen Leistung attestiert, ein Plus, weil sie darüber hinaus - durch das genannte mittelbare Tätigwerden des Kassen(zahn)arztes - die Leistungsgewährung selbst einschließt⁵²⁾.

51) Vgl. Peters, a.a.O., und § 368 RVO, Anm. 10 c (S. 17/1496); Krauskopf, a.a.O., § 122 RVO, Anm. 2; Brackmann, a.a.O., S. 385; RVAE 2847, AN 1925, S. 162; BSG, SozR § 122 RVO, Nr. 1; BSGE 29, 27 (29); 38, 73 (75); 39, 288 (289); 42, 16 (18)

52) Vgl. Peters, a.a.O., und § 368 RVO, Anm. 10 d (S. 17/1498)

Das RVA⁵³⁾ stellte noch sehr strenge Anforderungen an das "mittelbare" Tätigwerden des (Kassen-)Arztes. Es verlangte praktisch ein persönliches Dabeisein des Arztes bei der Ausführung der angeordneten Gehilfenleistung, eine Forderung, die praxisfremd, undifferenziert und überzogen war und im Hinblick auf die Qualifikation der Heilhilfsberufe heute nicht mehr haltbar wäre.

Das an die Rechtsprechung des RVA anknüpfende BSG hat denn auch die Anforderungen an die ärztliche Mitwirkung als Voraussetzung Schritt für Schritt abgeschwächt und den tatsächlichen Verhältnissen der medizinischen Praxis angepaßt⁵⁴⁾. Zunächst stellte sich das BSG⁵⁵⁾ noch auf den Standpunkt, daß zwar ein persönliches "Dabeisein" des (Kassen-)Arztes bei der Vornahme der angeordneten Behandlungsmaßnahme nicht erforderlich, andererseits aber auch nicht ausreichend sei, wenn er sich nur in gewissen Abständen ein persönliches Urteil über die Wirkungen der von dem Gehilfen ausgeführten Therapieleistung verschaffe. Der Arzt müsse sich vielmehr bei jeder einzelnen Heilmaßnahme und nicht erst nach einer Serie einzelner Maßnahmen von deren Wirkungen überzeugen. Dies erfordere nicht unbedingt immer eine persönliche Untersuchung des Patienten, genügen könne je nach Lage des Falles auch schon eine Rücksprache mit der Hilfsperson. In der MTA-Entscheidung⁵⁶⁾ ließ es schließlich durchblicken, daß

53) EuM 1934, S. 322

54) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 52

55) Vgl. BSG, SozR § 122 RVO, Nr. 1; BSGE 29, 27;

56) Vgl. BSGE 38, 73 (76 f.)

das sog. "Delegationsverfahren" nach den Psychotherapievereinbarungen⁵⁷⁾ kassenarztrechtlich nicht zu beanstanden ist.

Das darin vorgesehene Modell der Beiziehung nichtärztlicher Psychotherapeuten als Hilfsperson des Kassenarztes ist geradezu ein Musterbeispiel dafür, daß die Anforderungen an die Arztabhängigkeit der nichtärztlichen Hilfspersonen nicht überspannt werden können:^{57a)} (Kassen-)Arzt und nichtärztlicher Psychotherapeut werden arbeitsteilig tätig, wobei die Arbeitsteilung nach der Psychotherapievereinbarung dadurch erfolgt, daß dem Arzt die Indikationsstellung und bestimmte Dienstleistungen vorbehalten sind, er über Beginn und Fortsetzung der Behandlung durch einen zugezogenen nichtärztlichen Psychotherapeuten befindet, letzterem aber mehr oder weniger die selbständige Durchführung der angeordneten psychotherapeutischen Heilbehandlung überlassen bleibt. Im Hinblick auf den an den nichtärztlichen Psychotherapeuten angelegten Qualifikationsmaßstab - er muß ein Psychologiestudium an einer wissenschaftlichen Hochschule erfolgreich abgeschlossen haben und daneben eine Zusatzausbildung an einem anerkannten psychotherapeutischen Institut nachweisen - wäre es offensichtlich unverhältnismäßig und lebensfremd, wollte man hier strengere Anforderungen stellen. Nichts anderes kann auch für andere einschlägig qualifizierte

57) "Vereinbarung über die Ausübung von tiefenpsychologisch fundierter und analytischer Psychotherapie in der kassenärztlichen Versorgung" vom 14.6.1967 (DOK 1967, 591) mit Änderungen vom 10.1.1972 (DOK 1972, 527 und 634) und vom 11.6.1976 (DOK 1976, 534 und 594) und "Vereinbarung über die Anwendung tiefenpsychologisch fundierter und analytischer Psychotherapie" vom 17.12.1970 (Anlage 5 a) und 5 c zum Arzt-Ersatzkassenvertrag, abgedr. bei Hoffmann, Ärztliches Gebühren- und Vertragsrecht, Teil 8, S. 42; vgl. dazu auch Liebold, DOK 1967, S. 577 ff.; Widekamp, Die Ersatzkasse 1976, S. 434

57 a) ebenso Weidner, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtshofverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 72 (99 f.)

Assistenzpersonen des Arztes gelten. Entscheidend ist für die Zurechenbarkeit sonach allein, daß nach Lage des Einzelfalles die Gesamtverantwortung überhaupt erkennbar beim Arzt liegt. Die Intensität der ärztlichen Anleitung und Überwachung muß dabei umso größer sein, je unerfahrener der Gehilfe ist und sie kann umso geringer sein, je qualifizierter und zuverlässiger er ist. Äußerliches Indiz für die Gesamtverantwortung des (Kassen-)Arztes kann im übrigen das Tätigwerden des Gehilfen in der (kassen-)ärztlichen Praxis sein, wie umgekehrt die räumliche Trennung auf ein selbständig-eigenverantwortliches Handeln des beigezogenen nichtärztlichen Personals hinweist⁵⁸⁾.

cc) Ärztliche Sachleistungen

In dem Maße, wie die naturwissenschaftliche-technische Entwicklung vorangekommen ist, haben im Heilgeschehen immer mehr medizinische Geräte und technische Hilfsmittel Einzug gehalten. Ohne Anwendung komplizierter Apparaturen wäre heute eine am Stand der medizinischen Wissenschaft orientierte Heilbehandlung nicht mehr möglich, wenngleich andererseits das zunehmende Unbehagen am teilweise exzessiven Technikeinsatz im Medizinbetrieb - vor allem im Laborbereich - nicht auf die leichte Schulter genommen werden sollte. Der Einsatz medizinischer Apparate geschieht in der Regel durch nichtärztliche Mitarbeiter auf Weisung des Arztes und ergänzt die Dienstleistungen des Arztes im Rahmen der Diagnostik und der Therapie. Der Arzt muß etwa Laborergebnisse auswerten und Röntgenaufnahmen befunden, um daraus die notwendigen Schlußfolgerungen für weitere diagnostische und therapeutische Schritte zu ziehen. In der GKV wird die Anwendung derartiger "sächlicher Mittel"⁵⁹⁾ unter dem Begriff "ärztliche

58) Vgl. Seewald, a.a.O., S. 2496

59) Vgl. Psyk, Die Krankenversicherung 1960, S. 25

Sachleistungen" erfaßt. Sie werden zwar im Rahmen der ärztlichen⁶⁰⁾ Behandlung erbracht, auf sie finden aber besondere Vergütungsregeln Anwendung. Eine konkrete Definition dessen, was "ärztliche Sachleistungen" sind, ist wegen ihrer begrifflichen Inhomogenität nicht möglich⁶¹⁾. Der Begriff wird auch vom Gesetz - in § 368 n Abs. 3 und in § 368 p Abs. 1 RVO - lediglich vorausgesetzt. Im wesentlichen ergeben sich die ärztlichen Sachleistungen aus dem Positivkatalog der nach § 25 Abs. 1, § 43 Abs. 2 Bundesmantelvertrag/Ärzte (BMV/Ä)^{61a)} weiterhin geltenden "Vereinbarung über die Einbeziehung der ärztlichen Sachleistungen in die kassenärztliche Gesamtvergütung" vom 22. November 1941⁶²⁾. Außer den schon erwähnten Radiologie- und Labormaßnahmen gehören dazu vor allem die Erstellung von Elektrokardiogrammen, Bestrahlungen, Heißluft- und medicomechanische Behandlungen, Massagen usw.. Die Aufzählung im Positivkatalog der Sachleistungsvereinbarung ist nicht abschließend⁶³⁾, so daß auch die Anwendung anderer sächlicher Mittel, soweit sie nicht im Negativkatalog ausdrücklich ausgenommen sind, Teil der ärztlichen Behandlung sein kann. Voraussetzung für die Qualifikation als ärztliche Sachleistung ist allerdings in jedem Fall, daß das im Rahmen der ärztlichen Behandlung angewandte sächliche Mittel gegenüber der persönlich-ärztlichen Dienstleistung nur eine dienende Funktion hat, das Schwergewicht also auf der Dienstleistung

60) ein Parallelbegriff im zahnärztlichen Bereich existiert nicht

61) Vgl. Heinemann/Liebold, a.a.O., § 368 f RVO, Anm. 21 (S. I 30 f.)

61a) in der ab 1. 1.1978 geltenden Fassung, DOK 1978, S. 795, zuletzt geändert durch Vereinbarung vom 3.11.1981, BKK 1981, S. 411

62) abgedr. bei Heinemann/Liebold, a.a.O., Band III, C. IV 141 b

63) Vgl. Narr, a.a.O., Band 2, Rdnr. 1032

des (Kassen)Arztes liegt und dieser nach den bereits dargelegten Grundsätzen den Einsatz des Mittels zumindest verantwortlich leitet⁶⁴⁾. Unter diesen Umständen gehört etwa auch die Anwendung von Dialysegeräten zur Behandlung Nierenkranker zu den ärztlichen Sachleistungen⁶⁵⁾. Nicht mehr dazu gehören andererseits Laborleistungen, die ein gewerbliches Labor im Auftrag eines Kassenarztes eigenverantwortlich-selbständig erbringt, weil es dann an dem erforderlichen persönlich-ärztlichen Bezug fehlt⁶⁶⁾.

II. Die Abgrenzung der nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen von den ärztlichen Behandlungsleistungen

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß immer dann, wenn es an der verantwortlichen Mitwirkung des Kassenarztes an dem von einem Nichtarzt ausgeführten Behandlungsteil, damit also an dem charakteristischen Subordinationsverhältnis zwischen (Kassen)Arzt und nichtärztlicher Kraft fehlt, von einer "ärztlichen" Leistung nicht mehr die Rede sein kann. Vielmehr liegt bei selbständig-eigenverantwortlicher Behandlungsdurchführung eine selbständige "nichtärztliche" (Dienst- oder Sach-)Leistung vor. Das ist aber der Punkt, an dem sich die Frage der Beschaffung (dieser Leistungen) stellt, denn die Erbringung nichtärztlicher Leistungen ist nicht mehr Gegenstand der kassenärztlichen Versorgung, deren Sicherstellung den Kassenärztlichen Vereinigungen obliegt (§ 368 Abs. 2, § 368 n Abs. 1 RVO).

64) Vgl. Brackmann, a.a.O., S. 385; Heinze, a.a.O., Anm. 8 c (S. 112/13); Musculus, DOK 1968, S. 666, Psyk, a.a.O.; RVAGE 2193, AN 1916, S. 482; RVA 2847, AN 1925, S. 162; BSG, NJW 1975, S. 2221

65) Vgl. Harr, a.a.O.

66) Vgl. BSG, a.a.O.

1. Der Heilmittelbegriff als Einstieg in die nichtärztlichen Leistungen

Die immer noch h. M. qualifiziert die "eigenverantwortlich-selbständige"⁶⁷⁾ "Hilfeleistung wie das bei ihr zur Sicherung des Heilerfolgs verwandte sächliche Mittel"⁶⁸⁾ grundsätzlich als Heilmittel⁶⁹⁾. Dem liegt ein eigenartiges Verständnis zugrunde, das im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung des Heilmittelbegriffs in der GKV zu sehen ist.

a) Der Heilmittelbegriff

Ursprünglich stand der Heilmittelbegriff schlechthin für alle nach der Natur der Sache nichtärztlichen sächlichen und im unmittelbaren Zusammenhang mit der Krankenbehandlung stehenden Leistungen der Krankenpflege⁷⁰⁾. Bedeutsam war lediglich die praktisch häufig mit Schwierigkeiten verbundene Unterscheidung zwischen kleineren und größeren Heilmitteln, weil erstere zu den Regel-, also Pflichtleistungen, letztere hingegen zu den freiwilligen Mehrleistungen gehörten, wofür die Krankenkassen je nach Satzungsregelung allenfalls Zuschüsse gewährten. Von der Rechtsprechung wurden die Heilmittel allerdings bald zu einer eigenständigen Sachleistungsgattung mit eigenem Leistungsinhalt geprägt, was in dem neugefaßten gesetzlichen Leistungskatalog nunmehr auch textlich klargestellt ist. Zur

67) Vgl. BSGE 29, 27 (29)

68) Vgl. Brackmann, S. 385 m.w.N.

69) Vgl. Brackmann, a.a.O.; Peters, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 5 (S. A 44); Narr, a.a.O., Band 1, Rdnr. 587

70) Vgl. Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. I/32, I/479; Kühne, ArbVers. 1930, 17 (19); noch bis zur Änderung durch das Rehabilitations-Angleichungsgesetz von 1974 lautete § 182 Nr. 1 RVO: "... Versorgung mit Arznei, sowie Brillen, Bruchbändern und anderen ... Heilmitteln"

jetzt einheitlichen Gattung der Heilmittel gehören danach nur äußerlich⁷¹⁾ auf den Körper einwirkende sächliche Mittel⁷²⁾. Dazu gehören nicht nur rein sächliche Mittel, wie z. B. Bruchbänder, Plattfüßeinlagen⁷³⁾ und dgl., sondern nach h. M. gerade auch solche Sachmittel, deren Anwendung eine Dienstleistung erfordert, die von einer Heilhilfsperson eigenverantwortlich-selbständig erbracht wird. Auf diese Weise erbrachte Licht- und Wärmebehandlungen, Bestrahlungen, Massagen, Bäder und dgl. können daher als Heilmittel gewährt werden⁷⁴⁾. Im Hinblick auf den wie auch immer gearteten, für ein Heilmittel begrifflich vorausgesetzten sächlichen Bezug könnte die Einordnung reiner nichtärztlicher Dienstleistungen, wie etwa eine von einem Logopäden ausgeführte Sprachtherapie⁷⁵⁾ oder von einem Arbeits- und Beschäftigungstherapeuten erbrachte Beschäftigungstherapie⁷⁶⁾ zweifelhaft sein, umso mehr, als sie sich wegen des Einsatzes geistiger Fähigkeiten nur schwer als "äußerliche Einwirkungen auf den Körper" qualifizieren lassen⁷⁷⁾. Das BSG behilft sich offenbar im Wege des Analogieschlusses damit, derartige nichtärztliche Dienstleistungen nicht "als" Heilmittel, sondern "jedenfalls wie solche" zu beurteilen, sofern sie nur "gezielt zur Bekämpfung der Krankheit" eingesetzt werden⁷⁸⁾. Selbstverständlich ist für

71) Vgl. BSGE 28, 158

72) Vgl. Brackmann, S. 386 h. m. w. N.

73) Vgl. a.a.O.

74) Vgl. Heinze, a.a.O.

75) Vgl. dazu Picard, DOK 1974, S. 842 (843)

76) Vgl. dazu Picard, a.a.O.

77) Ähnlich Weidner, Psychologische Behandlung und Krankenkassen, S. 55

78) Vgl. BSGE 42, 16 (17) - nichtärztliche Beschäftigungstherapie -

alle nichtärztlichen Leistungen, damit sie den Heilmitteln überhaupt zugeordnet werden können, Voraussetzung, daß sie eine als befugt anzusehende Heilhilfsperson im Rahmen ihres berufsrechtlichen Aufgabenprofils erbringt. Wer weder hinreichend befähigt noch allgemein-gesundheitsrechtlich legitimiert ist, kann nicht Leistungen heilkundlicher Art als Heilmittel erbringen. Gleiches muß gelten, wenn die jeweilige eigenverantwortlich-selbständig handelnde Heilhilfsperson außerhalb ihrer legitimen Berufsaufgaben tätig wird, weil sie jedenfalls dann unerlaubt heilkundlich tätig wird und von daher der "mehr oder weniger intensive(n) persönliche(n) Anleitung" eines Kassenarztes bedarf⁷⁹⁾. M. a. W. kann eine nach der Natur der Sache rein "ärztliche" Leistung nicht auf dem (Um-)Weg über Heilmittel eine Leistungspflicht der Krankenkasse begründen. Daher ist etwa ein Masseur zur eigenverantwortlich-selbständigen Durchführung chiropraktischer Behandlungen, auch wenn er dies nur auf ärztliche Verordnung hin tut, nicht befugt⁸⁰⁾ und daher handelt es sich hier auch nicht um ein Heilmittel, sondern um eine originäre, weil ärztliche Sachkunde erfordernde "ärztliche" Leistung, die aber, da von einem Nichtarzt erbracht, im Hinblick auf § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO eine Leistungspflicht der Krankenkasse nicht auszulösen vermag⁸¹⁾.

79) Vgl. BSGE 29, 27 (29) - chiropraktische Behandlung durch Nichtarzt (Heilpraktiker)

80) Vgl. BVerwG, NJW 1970, S. 1987

81) Vgl. BSG, a.a.O.; der in diesem Fall tätige Behandler war allerdings Heilpraktiker; a.A. LSG Bad.-Württ., Breithaupt 1966, S. 812

b) Kritische Anmerkungen zum Heilmittelbegriff

Die Kunstgriffe bei der Zuordnung selbständig-eigenverantwortlich erbrachter reiner nichtärztlicher Dienstleistungen zu den Heilmitteln, um zu einer von der Sache her gerechtfertigten Leistungspflicht zu gelangen, ist nicht ohne Kritik geblieben⁸²⁾. Zu Recht, denn die mehr oder weniger fingierte Zuordnung solcher Leistungen zu den Heilmitteln muß letztlich zu einem Aufweichen und Verschwimmen des herkömmlichen Heilmittelbegriffs führen. Der Heilmittelbegriff steht historisch und systematisch für solche therapeutischen Maßnahmen, bei denen zumindest die Anwendung eines sächlichen Mittels überwiegt⁸³⁾. Das trifft etwa auf medizinische Bäder zu, ist aber bei Massagen, die je nach dem, wie sie erbracht werden, als ärztliche Sachleistung oder als Heilmittel angesehen werden⁸⁴⁾, höchst zweifelhaft⁸⁵⁾. Vollends systemwidrig ist die Zuordnung reiner nichtärztlicher Dienstleistungen, da sie auf diese Weise gewissermaßen zu Sachleistungen verfremdet werden. Leider hat der Gesetzgeber insofern nicht gerade zur Klarheit beigetragen, als er die in Rede stehenden nichtärztlichen Dienstleistungen der Krankengymnastik, der Bewegungs-, Sprach- und der Beschäftigungstherapie nach der Fassung in § 10 Nr. 3 RehaAnglG offenbar selbst als Bestandteil der Heilmittel ansieht ("Heilmittel einschließlich ..."). Das muß jedoch nicht daran hindern, befugterweise von Heilhilfspersonen eigenverantwortlich-selbständige erbrachte Dienstleistungen, wie Heinze⁸⁶⁾ dies vorschlägt, als "ärztliche Folgeleistungen" zu qualifizieren und sie systematisch den ärztlichen Behandlungsleistungen nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a RVO zuzuordnen,

82) Vgl. Heinze, a.a.O., Anm. 7 (S. 112/4), Anm. 8 c (S. 112/13 f.); Schimmelpfeng, a.a.O., S. 2295; Weidner, a.a.O.

83) Vgl. Heinze, a.a.O., Anm. 8 c (S. 112/13)

84) Vgl. Brackmann, S. 385 a f., 386 i

85) so jetzt auch das BSG, NJW 1976, S. 2318

86) a.a.O., Anm. 7 (S. 112/5)

weil "sie ihren Ursprung in der ärztlichen Behandlung (einschließlich Verordnung) haben und dazu bestimmt sind, ihr zu dienen". Denkbar wäre aber auch, nichtärztliche Dienstleistungen den seit der Öffnung des Leistungskatalogs durch die Rehabilitationsgesetzgebung möglichen unbenannten "Krankenpflegeleistungen eigener Art" zuzurechnen⁸⁷⁾.

2. Dem Arzt und Zahnarzt gleichgestellte Behandler

Das "Arztmonopol" des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO ist nicht streng durchgehalten, wie § 122 Abs. 2 einerseits und § 123 RVO andererseits zeigen.

a) Arztgleiche Behandler

§ 122 Abs. 2 RVO gestattet, daß auch Hilfspersonen i. S. des § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO innerhalb der staatlich anerkannten Befugnisse selbständige Hilfe leisten können, wenn die oberste Verwaltungsbehörde dies bestimmt hat. Diese Regelung zielt auf die sog. "niederen Heilberufe"⁸⁸⁾, zu denen die in § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO erwähnten Bader, Heildiener und Heilgehilfen zählten, Berufe, die durch die kurierrechtliche Entwicklung heute praktisch ausgestorben sind. So ist etwa in Bayern noch die "Verordnung, die Verhältnisse der Bader betreffend" vom 31. März 1899⁸⁹⁾ in Kraft, die diesem Berufsstand beschränkte heilkundliche Befugnisse, vor allem auf dem Gebiet der "kleinen Chirurgie" - Behandlung einfacher Wunden, Behandlung von Geschwüren, Abzessen und eingewachsenen Nägeln - verleiht, den Bader im übrigen aber nur als Gehilfe des Arztes auf dessen Anordnung hin tätig werden läßt (§§ 2 ff. BaderVO). Die

87) Vgl. dazu Weidner, a.a.O.

88) Vgl. Amtl. Begr. zu § 122 RVO; abgedr. bei Peters, a.a.O., § 122 RVO, Anm. 1 (S. A 37) und zu den niederen Heilberufen im allgemeinen: Kuhns, a.a.O., S. I/163 f., I/505, I/945 f.

89) GVBl 1899, S. 111 = BayBS II, S. 72

"Bestimmung" des Baderberufs i. S. des § 122 Abs. 2 RVO erfolgt durch die beiden (bayerischen) Ministerialbekanntmachungen vom 17. November 1913⁹⁰⁾ und vom 20. April 1923⁹¹⁾ mit der Folge, daß approbierte Bader in Bayern auch im Rahmen der Sozialversicherung als arztgleiche Behandler anerkannt und Leistungen im Rahmen der ärztlichen Behandlung erbringen konnten. Die genannten Berechtigungsgrundlagen sind inzwischen überholt, nachdem in Bayern der Baderberuf Ende der Siebziger Jahre ausgestorben ist⁹²⁾. Im Unterschied zu den vormaligen niederen Heilberufen hat es der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, auch nichtärztliche Laienbehandler, die sog. "Kurpfuscher", durch die Öffnungsklausel des § 122 Abs. 2 RVO zu begünstigen⁹³⁾. In der nationalsozialistischen Ära wurde zwar eine Einbeziehung der heilkundlich in weit größerem Maße als die Bader befugten Heilpraktiker erwogen, letztlich aber - wohl aus qualitativen Gründen - nicht realisiert⁹⁴⁾. Im neueren Recht der nichtärztlichen Heil(hilfs)berufe sind echte Befugnisse nur den medizinisch-technischen Laboratoriums- und Radiologieassistenten in Gestalt der "vorbehaltenen Tätigkeiten" nach § 9 MTA-G verliehen. Allerdings erschöpfen sich diese Befugnisse in "Hilfeleistungen" und bestimmten "Arbeiten" (z. B. "auf dem Gebiet der klinischen Chemie") und sind naturgemäß derart in die ärztliche Tätigkeit eingebunden, daß insofern das selbständig-eigenverantwortliche Element, wie es § 122 Abs. 2 RVO voraussetzt, nicht vorliegt, eine "Bestimmung" hiernach also von vornherein ausscheidet. Das wird im übrigen durch § 9 Abs. 3 MTA-G bestätigt, wonach der Erkennung einer Krankheit dienende vorbehaltene Tätigkeiten nicht in selb-

90) GVBl 1913, S. 801

91) GVBl 1923, S. 154

92) Auskunft des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom Herbst 1982

93) Vgl. Fn. 36 (S. 49) und die bei Peters, a.a.O. abgedruckte Amtl. Begr. zu § 122 RVO

94) Vgl. Krämer, a.a.O., S. 39

ständiger Berufstätigkeit und nur im Auftrag eines Arztes, Zahnarztes, Tierarztes oder Heilpraktikers ausgeübt werden dürfen. Insgesamt gesehen hat § 122 Abs. 2 RVO heute also kaum noch Bedeutung.

b) Zahnarztgleiche Behandler

Von vornherein größeres Gewicht als § 122 Abs. 2 RVO hatte die Parallelvorschrift des § 123 RVO zur Zahnbehandlung. Ihre Bedeutung bestand jedenfalls bis zur Beseitigung der Kurierfreiheit auf dem Gebiet der Zahnheilkunde durch das Zahnheilkundengesetz (ZHKG)⁹⁵⁾ im Jahre 1952 und ist darauf zurückzuführen, daß der Bestand an akademisch ausgebildeten Zahnärzten bei weitem nicht ausreichte, um den Bedarf an qualifizierten Zahnbehandlern zu decken. § 123 RVO (a. F.) wies so den früheren, vorwiegend handwerklich geprägten, gleichwohl mit dem heutigen gleichnamigen Beruf nicht unbedingt verwandten Zahntechnikern im Bereich der zahnärztlichen Behandlung eine unverzichtbare Versorgungsfunktion zu. In Bayern kamen dabei, wie erwähnt, noch die Bader hinsichtlich ihrer Kompetenz zum Zahnziehen hinzu. Darüber hinaus enthielt § 123 Satz 4 RVO (a. F.) die Grundlage für den aus dem Zahntechnikerberuf hervorgegangenen Beruf des Dentisten. Bemerkenswert an diesem noch existenten, wenn auch durch das ZHKG zum Aussterben verurteilten Beruf sind dessen verschiedene Qualifikations- und Befugnisstufen. An erster Stelle zu nennen sind die "staatlich anerkannten Dentisten", die ihre Anerkennung aufgrund langwieriger Ausbildung und staatlicher Prüfung nach Maßgabe des § 123 RVO (a. F.) und der hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen erhielten⁹⁶⁾. Sie wurden nach Inkrafttreten des ZHKG mit allen kassenarztrechtlichen Vergünstigungen in den zahnärztlichen Berufsstand eingegliedert, sofern sie an einem

95) BGBl I 1952, S. 221

96) Vgl. dazu näher Kuhns, a.a.O., S. I/373 f., S. II/51 ff.

Anpassungslehrgang über Mund- und Kieferkrankheiten sowie Arzneimittellehre teilgenommen hatten (§ 8 ZHKG). Offengehalten wurde der Zugang zum zahnärztlichen Beruf auch den sog. Dentistenassistenten und den Dentistenanwärtern, die bei Inkrafttreten des ZHKG bereits ihre Dentistenausbildung begonnen hatten (§§ 9, 10 ZHKG). Ohne Absolvierung des genannten Anpassungslehrgangs dürfen staatlich anerkannte Dentisten, wenn auch unter Ausschluß von Mund- und Kieferkrankheiten, weiterhin die Zahnheilkunde ausüben und im Rahmen der GKV zahnärztlich behandeln (§ 19 ZHKG, § 123 RVO n.F.). Sie waren auch von vornherein in das kassen(zahn)ärztliche Versorgungssystem integriert (Art. 4 § 14 Abs. 1 GKAR). Demgegenüber waren die ohne Dentistenausbildung praktizierenden "schlichten" Dentisten oder "Zahnpraktiker" zwar im Wege der Besitzstandswahrung weiterhin zur Ausübung der Zahnheilkunde befugt (§ 19 ZHKG), blieben jedoch von der Kassenbehandlung ausgeschlossen⁹⁷⁾. Der Zugang hierzu steht nunmehr jedoch auch diesem Personenkreis offen, nachdem das Bundesverfassungsgericht im "Dentistenbeschluß"⁹⁸⁾ deren Ausschluß für verfassungswidrig erachtet hat und das im Anschluß hieran ergangene Zulassungsgesetz vom 27. April 1970⁹⁹⁾ die Voraussetzungen für die Kassenzulassung geschaffen und so dieser Behandlergruppe ebenfalls den Zugang in das kassen(zahn)ärztliche Versorgungssystem eröffnet hat. Trotz alledem spielen die noch verbliebenen Dentisten im Bereich der zahnärztlichen Leistungen im Verhältnis zu den Kassenzahnärzten heute so gut wie keine Rolle mehr.

III. Das Arztmonopol kritisch betrachtet

1. Allgemeines

Es zeigt sich, daß das durch § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO determinierte Arzt- und Zahnarztmonopol im ambulanten Dienst- und

97) Vgl. dazu BSGE 4, 156

98) Vgl. BVerfGE 25, 236 ff.

99) BGBl I 1970, S. 415

Sachleistungsbereich der GKV formal seiner absoluten Verwirklichung entgegensteuert, je mehr kraft alten Berufsrechts zur Erbringung arztgleicher Leistungen Befugte aus dem Berufsleben ausscheiden. Von einem "Monopol"¹⁰⁰⁾ oder einem "Privileg"¹⁰¹⁾ der Kassenärzte und der Kassenzahnärzte zu sprechen, ist dabei umso mehr berechtigt, wenn man berücksichtigt, daß die Zahlung von Krankengeld von einem entsprechenden ärztlichen bzw. zahnärztlichen Attest abhängig ist (§ 182 Abs. 3, § 185 c Abs. 1 RVO, § 20 a Abs. 1 KVLG) und wenn man davon ausgeht, daß die Gewährung nichtärztlicher Krankenpflegeleistungen in der Weise arztabhängig ist, daß der anspruchstellende Versicherte eine entsprechende kassenärztliche Verordnung vorlegen muß¹⁰²⁾. Nicht der Patient als "Konsument", sondern der Arzt steuert damit entscheidend die Nachfrage nach Gesundheitsgütern, so daß zum rechtlichen Handlungsmonopol in der GKV auch noch die (gesundheits)ökonomische Monopolstellung des Arztes hinzukommt¹⁰³⁾. Zutreffend wird daher der Arzt als "Treibsatz des Gesundheitswesens" bezeichnet¹⁰⁴⁾. Das bedeutet freilich weniger Macht als vielmehr Verantwortung des Arztes, ja es ist geradezu seine Aufgabe, "Art und Maß der Nachfrage im wesentlichen selbst zu bestimmen", denn er "ist der Sachkundige und weiß besser als der Patient, was diesem frommt"¹⁰⁵⁾. Daß sich einmal aus der altruistischen Verpflichtung des Arztes auf die "salus aegroti", zum anderen aus seinem Unterworfensein unter sozialstaatliche Funktionsimperative und schließlich aus der Forderung, sich bei seiner Berufsausübung egoistischer Verlockungen zu enthalten, zwangsläufig Konflikte ergeben müssen, macht das innere

100) Vgl. Schimmelpfeng, NJW 1976, 2293 (2294); Meydam, BKK 1978, S. 331

101) Vgl. Peters, a.a.O., § 122 RVO, Anm. 2 (S. A 39)

102) Vgl. dazu näher unten Abschnitt C III 1 (S. 105 ff.)

103) Vgl. dazu Thiemeyer, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band XV: Arzt und Gesellschaft, S. 107 (109, 110, 118)

104) Vgl. Silomon, a.a.O., S. 52

105) Sozialenquete-Kommission, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland 1966, S. 210

Spannungsverhältnis des Arztberufs aus¹⁰⁶⁾.

2. Zur Frage der Einbeziehung nichtärztlicher Heilbehandler

Während den Kassenzahnärzten ihr Leistungserbringungsmonopol, was zahnheilkundliche Leistungen betrifft, parallel zu ihrem berufsrechtlichen Befugnismonopol auf lange Sicht sicher ist, ja noch gestärkt wird, je mehr berufsrechtlich Parallelbefugte aus dem Wettbewerb ausscheiden, scheint das kassenärztliche Tätigkeitsmonopol inhaltlich ins Wanken zu geraten. Das hängt nicht so sehr mit dem vielfältigen Rollenwandel¹⁰⁷⁾ des ärztlichen Berufs im allgemeinen als vielmehr damit zusammen, daß er im Begriff ist, sein ursprünglich gewachsenes fachliches Kompetenzmonopol im Heilgeschehen zu verlieren¹⁰⁸⁾. Mit den (Kassen)-Ärzten konkurrieren im Heilgeschehen seit jeher nichtärztliche Behandler - ehemals die Laienbehandler oder "Kurpfuscher" und heute aufgrund der unglücklich-inkonsequenten Konzeption des HPG¹⁰⁹⁾ die Heilpraktiker -. Dringen die Heilpraktiker mehr auf die berufsgesetzliche Anhebung der berufsqualifizierenden Anforderungen an ihren Nachwuchs¹¹⁰⁾ und gibt es insoweit nur vereinzelt Bestrebungen, als Leistungserbringer in der GKV anerkannt zu werden¹¹¹⁾, so drängen die in freier Praxis tätigen nichtärztlichen Psychotherapeuten mit Macht gegen das Kassenarztmonopol vor¹¹²⁾. Sie lehnen das Delegationsverfahren nach den Psychotherapievereinbarungen¹¹³⁾, das nur einen kleinen Teil ihrer Berufskollegen, nämlich die Psychoanalytiker begünstigt, weitgehend ab und berufen sich hinsichtlich

106) Vgl. dazu Wannagat, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band XV: Arzt und Gesellschaft, S. 10 f.; Baier, ebenda, S. 22 f. (23, 27 f.)

107) Vgl. dazu Wannagat, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band XV: Arzt und Gesellschaft, S. 7 ff.

108) Vgl. dazu auch unten Abschnitt D II 1 a) (S. 124 ff.)

109) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 2 (S. 40 ff.)

110) Vgl. SZ vom 14.5.1979, S. 8

111) Vgl. dazu das Heilpraktiker-Urteil des BSG vom 1.3.1979, NJW 1979, S. 2363 = SGB 1979, S. 222

112) Vgl. dazu SZ vom 15.4.1977, S. 9; "Der Spiegel" Nr. 20 vom 9.5.1977, S. 217 ff.; Nr. 7 vom 15.2.1982, S. 166 ff.

113) Vgl. dazu nochmals oben Fn. 57 (S. 55)

ihrer Forderungen auf die Psychiatrie-Enquete¹¹⁴⁾, die eine erhebliche Unterversorgung im Bereich der psychotherapeutischen Leistungen bescheinigt hat¹¹⁵⁾. Dies sei allerdings hier nur am Rande vermerkt. Die Frage, die sich hinsichtlich kurierrechtlich befugter nichtärztlicher Heilbehandler aufdrängt, lautet: Dürfen sie zulässigerweise von der Kassenbehandlung ferngehalten werden? M. a. W.: Steht das (Kassen-)Arztmonopol nach § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO und damit der Ausschluß dieser Heilpersonen von der selbständig-eigenverantwortlichen Erbringung heilkundlicher Leistungen im Rahmen der GKV mit dem Grundrecht auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in Einklang?

a) Der Dentistenbeschluß des Bundesverfassungsgerichts

In dem bereits erwähnten "Dentistenbeschluß"¹¹⁶⁾ hat das BVerfG einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darin erblickt, daß der Gesetzgeber den nicht staatlich anerkannten Dentisten, die für eine Eingliederung in den zahnärztlichen Beruf nicht in Betracht kamen, zwar nach § 19 ZHKG die weitere Ausübung der Zahnheilkunde "im bisherigen Umfange" gestattete, ihre Einbeziehung in den Kreis der sozialversicherungsrechtlich legitimierten Zahnbehandler (§ 122 Abs. 1 Satz 1, § 123 RVO) jedoch unterlassen hat. Das BVerfG erkannte darin aus folgenden Gründen einen "inneren Widerspruch"¹¹⁷⁾:

"Das zu schützende Gemeinschaftsgut ist die Volksgesundheit. In ihrem Interesse soll eine hohe Qualifikation der die Zahnheilkunde als Beruf Ausübenden gesichert und ungeeignete Personen sollen von dieser Tätigkeit ferngehalten werden. Andere öffentliche Interessen, die den Eingriff in die Berufsfreiheit legitimieren könnten, der in der Aufstellung der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen liegt, sind nicht ersichtlich. Der Ausschluß der nichtanerkannten Dentisten von der Zulassung

114) "Bericht über die Lage der Psychiatrie in der Bundesrepublik Deutschland - zur psychiatrischen und psychotherapeutisch/psychosomatischen Versorgung der Bevölkerung -" BT-Drs. 7/4200, insbesondere S. 139 ff.

115) Vgl. a.a.O., S. 293 f.

116) BVerfGE 25, 236 ff.

117) a.a.O., S. 251

zu den gesetzlichen Krankenkassen kann folglich nur unter diesem Gesichtspunkt seine Rechtfertigung finden. Andererseits hat der Gesetzgeber aber durch § 19 ZHKG für diesen Personenkreis die Befugnis aufrechterhalten, im bisherigen Umfange die Zahnheilkunde auch weiterhin beruflich auszuüben. Der Gesetzgeber ist also offenbar der Überzeugung gewesen, daß die staatlich nicht anerkannten Dentisten keine Gefahr für die Volksgesundheit bilden. Damit hat er aber der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Kassenzulassung die sie einzig rechtfertigende Grundlage entzogen und mit diesem Widerspruch die selbst gesetzte 'Sachgesetzlichkeit' durchbrochen. Es ist nicht einzusehen, warum die nicht staatlich anerkannten Dentisten einerseits die Behandlungsbefugnis bei Privatpatienten - und solchen gesetzlich Krankenversicherten, die es vorziehen, sich als selbstzahlende Patienten behandeln zu lassen (BVerfGE 11, 30 (44)) - besitzen, andererseits aber für die Behandlung von Kassenpatienten nicht als genügend befähigt gelten. Nach allgemeinen gesundheitspolitischen und gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten bedarf der eine Personenkreis keines stärkeren oder umfassenderen Schutzes gegen die Folgen unsachgemäßer zahnärztlicher Behandlungen als der andere."

b) Die Rechtslage hinsichtlich der Heilpraktiker

Überträgt man die Argumentation des BVerfG im Dentistenbeschluß auf den Heilpraktikerberuf, so müßte dieser ebenfalls die Behandlungslegitimation im Rahmen der GKV erhalten, denn auch den Angehörigen dieses Berufs ist aufgrund der ihnen erteilten Erlaubnis bescheinigt, daß sie keine Gefahr für die Volksgesundheit darstellen¹¹⁸⁾.

118) Gegenstand des Erlaubnisverfahrens ist nach § 2 Abs. 1 Buchst. i) DVO-HPG u. a. die "Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt" daraufhin, ob "die Ausübung der Heilkunde durch den Betreffenden eine Gefahr für die Volksgesundheit bedeuten würde".

aa) Der Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG

Dieser Vergleich indessen läßt Zweifel¹¹⁹⁾ an der Richtigkeit des Dentistenbeschlusses aufkommen, wenn man weiß, wie es um das Berufsrecht des Heilpraktikers bestellt ist. Ersichtlich hat das BVerfG den Gleichheitsmaßstab an Privat- und Kassenpatienten angelegt, ohne zu berücksichtigen, daß bei der Heilbehandlung beider Gruppen unterschiedliche öffentliche Interessenlagen zugrunde liegen. Im Fall des Privatpatienten, der die Aufwendungen für Heilbehandlungsmaßnahmen (zunächst) aus eigener Tasche trägt, geht es ausschließlich um die (negative) Abwehr gesundheitlicher Verfahren. Darin erschöpft sich der Zweck des funktionell auch dem Sicherheitsrecht zugehörnden Kurier- und Berufsrechts. Andere als schadenabwehrende Absichten, etwa solche, die auf die Anwendung einer nützlich-wirksamen Heilbehandlung abzielten, wären für diesen Regelungsbereich nicht nur systemfremd, sie wären vor allem im Hinblick auf die Gefahr einer therapeutischen Bevormundung der Heilungssuchenden, insbesondere wenn sie die Behandlungskosten selbst tragen, mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG nicht unbedenklich. Ganz anders ist die Interessenlage im Bereich der GKV: Bei der Erbringung der zu gewährenden Dienst- und Sachleistungen sind die Träger der GKV zwar ebenfalls an die allgemeinen gesundheitsrechtlichen Vorgaben gebunden, da ihre Mitglieder und deren begünstigte Familienangehörige des gleichen Schutzes vor gesundheitlichen Gefahren wie Privatpatienten bedürfen. Darüberhinaus darf und muß aber die mit öffentlichen Mitteln wirtschaftende GKV im Hinblick auf das, aus § 102 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) folgende Gebot effektiver und effizienter

119) Vgl. dazu auch die Kontroverse zwischen Seide und Pohl, Sgb. 1970, S. 123 ff, die ebenfalls diese Zweifel anmelden und Küchenhoff SGB 1969, S. 361 ff.; 1970, S. 125 ff.; kritisch hierzu auch Weidner, a.a.O., S. 34

Krankenversorgung systemimmanent auf die Einhaltung bestimmter, zur Erreichung dieses Zwecks erforderlicher Qualitätsstandards bedacht sein¹²⁰⁾. Deshalb darf das Recht der GKV, soweit erforderlich, etwa bei einem i. S. der öffentlichen Weiterbildungsordnungen für Ärzte weitergebildeten Arzt darüber hinausgehende Qualifikationsanforderungen stellen¹²¹⁾ und daher impliziert auch die der Arzneimittelsicherheit dienende Zulassung eines Arzneimittels nach den §§ 21 ff. AMG noch nicht ohne weiteres dessen Verschreibungsfähigkeit im Rahmen der krankenversicherungsrechtlichen Versorgung mit Arzneimitteln¹²²⁾. Vergleicht man nunmehr den Beruf des Heilpraktikers mit dem des Arztes, so kann von einer Vergleichbarkeit keine Rede sein: Dieser muß zur Erlangung seiner Approbation als Arzt ein mindestens sechsjähriges Studium der Medizin erfolgreich absolviert haben (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BÄO), jener muß lediglich eine abgeschlossene Volksschulbildung nachweisen und sich einer Überprüfung durch das Gesundheitsamt, die keine Fachprüfung ist, unterziehen und schon hat er die qualitativen Hürden für die Erteilung der Heilpraktikererlaubnis genommen (§ 2 Abs. 1 Buchst. d) und i) DVO-HPG)¹²³⁾. Angesichts dieses offensichtlichen Qualifikationsgefälles ist es daher kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, den Heilpraktiker von der Kassen-Heilbehandlung fernzuhalten. Zu Recht hat daher das BSG¹²⁴⁾ in Einklang mit der h. M.¹²⁵⁾ die Klage eines Heilpraktikers auf Erteilung der

120) Vgl. Schirmer, BKK 1978, S. 195 (204); Meydam, a.a.O., S. 337

121) Vgl. BSGE 41, 269

122) Vgl. BVerwG (!), NJW 1980, S. 656 (657ff.) mit abl. Anm. Küchenhoff, SGB 1980, S. 133 ff. und Droste, ArztR, S. 240 ff.

123) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 2 (S. 40 ff.) und oben Fn. 118 (S. 70)

124) BSG, NJW 1979, S. 2363 mit zust. Anm. Ruland, JuS 1980, S. 234 und Plagemann, JA 1980, S. 59

125) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 122 RVO, Anm. 1.3; Peters, a.a.O., Anm. 3 und (Teil II), Vorbem. II 10 zu § 368 RVO; Meydam, a.a.O., S. 336

Ermächtigung zur Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung (§ 31 ZO/Ä, § 14 BMV/Ä) abgewiesen und hierzu ausgeführt¹²⁶⁾:

"Der Versichertengemeinschaft kann es nicht gleichgültig sein, ob eine auf öffentliche Kosten durchgeführte Behandlung, was die Art der angewendeten Behandlungsmethoden und die Qualifikation der behandelnden Person betrifft, objektiv Erfolg verspricht oder nicht. Solange jemand als 'Privatpatient' seine Behandlung selbst bezahlt, erfordert das öffentliche Interesse lediglich, daß er vor gesundheitlichen Gefahren geschützt wird, die mit einer Behandlung durch ungeeignete Personen verbunden sein können; ist die Behandlung objektiv unwirksam, aber 'ungefährlich', hat den Nachteil nur er selbst zu tragen. Sobald jedoch ein Dritter, insbesondere ein öffentlicher Leistungsträger, für die Kosten der Behandlung aufzukommen hat, muß dieser verlangen können, daß die Behandlung zweckmäßig ist und Gewähr für 'eine tunlichst rasche und sichere Heilung' bietet. Sein Interesse geht damit über allgemeine gesundheitspolizeiliche Ziele - Gefahrenabwehr von der Bevölkerung insgesamt - hinaus und richtet sich positiv auf Förderung der Gesundheit der Versicherten; außerdem muß er als Versicherungsträger für die in ihm zusammengeschlossene Versichertengemeinschaft an einer möglichst effektiven und sparsamen Verwendung der öffentlichen Mittel interessiert sein."

Der Dentistenbeschluß des BVerfG wäre unter diesem Blickwinkel vermutlich wohl anders ausgefallen, denn auch der nicht staatlich anerkannte Dentist blieb hinter der (maßgeblichen) Mindestqualifikation des staatlich anerkannten Dentisten zurück, weshalb er auch vor Inkrafttreten des ZHKG nicht zur Kassenbehandlung zugelassen war¹²⁷⁾.

126) BSG, a.a.O., S. 2365

127) Vgl. Pohl, a.a.O.; BSGE 4, 156 (162), das den Ausschuß der nicht staatlich anerkannten Dentisten von der Kassenbehandlung für rechtmäßig erachtete

bb) Der Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG

Darüber hinaus ist die Zugangssperre für nichtärztliche Heilbehandler, namentlich für Heilpraktiker, zur arztgleichen Leistungserbringung auch am Grundrecht der Berufsfreiheit zu messen. Sicher ist hier zunächst, daß die Zugangssperre zur Kassenbehandlung keine Berufszulassungsschranke im Sinne der vom BVerfG im "Apothekenurteil"¹²⁸⁾ entwickelten "Stufentheorie" darstellt, denn die Zulassung zur Kassenpraxis ist nicht die Zulassung zu einem besonderen Beruf (hier etwa: "Kassenheilpraktiker"), sondern es handelt sich um eine Regelung innerhalb der Berufssphäre des jeweils berufsrechtlich geprägten (Heil)Berufs¹²⁹⁾. Fraglich könnte allerdings sein, ob der Ausschuß der Heilpraktiker von der Kassenbehandlung als "Berufsausübungsregelung" aufzufassen ist, die so einschneidend ist, daß sie einer Zulassungsregelung nahekommt¹³⁰⁾, wie dies das BVerfG im Kassenarzturteil¹³¹⁾ - hinsichtlich der früheren Bedürfnisklauseln im Kassenarztrecht - und im Dentistenbeschluß¹³²⁾ angenommen hat. Das wäre der Fall, wenn der Heilpraktiker ohne Kassenzulassung "keine ausreichende Möglichkeit hat, seinen Beruf erfolgreich auszuüben"¹³³⁾, er also m. a. W. auf die Kassenzulassung angewiesen wäre, damit sein Beruf überhaupt Lebensgrundlage sein, er den Beruf somit auch wirklich ausüben kann¹³⁴⁾. Einer solchen Annahme könnte immerhin entgegengehalten werden, daß sich der Heilpraktiker berufstypisch

128) Vgl. BVerfGE 7, 277 ff.

129) Vgl. BVerfGE 11, 30 (42) - Kassenarzturteil -; BVerfGE 25, 236 (250) - Dentistenbeschluß -

130) verneinend: Meydam, a.a.O., S. 337

131) Vgl. a.a.O.

132) Vgl. a.a.O.

133) Vgl. Kassenarzturteil, a.a.O., S. 43; Dentistenbeschluß, a.a.O.

134) Vgl. zum Berufsbegriff i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 14, 19 (22); 32, 311 (316); BVerfG, NJW 1961, S. 2012 und zum Heilpraktikerberuf: BVerwGE 4, 250

geradezu solcher (alternativer) Heilverfahren bedient, die aus der Sicht der medizinischen Wissenschaft paramedizinischer Art sind und wegen fehlenden oder mangelhaften Wirksamkeitsnachweises im Hinblick auf die Gebote des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) ohnehin nicht "kassenüblich" sind, die andererseits aber gerade deshalb bei einem mehr oder weniger großen Teil der auf die Schulmedizin nicht vertrauenden oder von ihr enttäuschten Heilungsuchenden so attraktiv sind. Die soziale Wirklichkeit und der ungebrochene Zulauf zum Heilpraktikerberuf sprechen somit gegen das in Rede stehende "Angewiesensein" des Heilpraktikers auf Zulassung zur Kassenpraxis. Aber selbst wenn man dies unterstellen würde und dementsprechend auf dem im Kassenarzturteil und im Dentistenbeschluß eingeschlagenen Weg fortfährt, steht die Zugangssperre für Heilpraktiker mit Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang und zwar im wesentlichen aus den bereits unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes dargelegten Gründen: Die Freiheit der Berufswahl darf soweit beschränkt werden, als dies zur Wahrung besonders wichtiger Gemeinschaftsinteressen, die anders nicht geschützt werden können, erforderlich ist¹³⁵⁾. Ein solches besonders wichtiges Gemeinschaftsinteresse ist nicht nur der Schutz der allgemein anerkannten absoluten Gemeinschaftsgüter, wozu etwa die Volksgesundheit¹³⁶⁾ gehört. Vielmehr können dies auch Anliegen sein, die sich erst aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen des Gesetzgebers ergeben¹³⁷⁾. In dieser Hinsicht ist die Ausschließlichkeitsregel in § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO aber nichts anderes, als eine Ausprägung des in § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) enthaltenen allgemeinen Gedankens, den Versicherten eine gesundheitlich unbedenkliche

135) Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 ff.); 11, 30 (45)

136) Vgl. dazu etwa Hoffmann, DVBl 1962, S. 541 (543 ff.)

137) Vgl. BVerfGE 13, 97 (98, 107)

und qualitativ hochwertige, dem jeweils aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende Heilbehandlung zu gewähren¹³⁸⁾. Die Zugangssperre des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO für nicht hinreichend qualifizierte Heilbehandler liegt so im Interesse der Funktions- und Leistungsfähigkeit der GKV. Daß der Wahrung dieser Standards ein hoher gemeinschaftswichtiger Rang zukommt, dürfte im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip außer Frage stehen. Die Gewähr für die Erreichung der genannten gesetzgeberischen Zielsetzung bietet der Arzt, der zudem bei seiner Berufsausübung dem Ordnungssystem öffentlich-rechtlicher Berufs- und Standesnormen unterworfen ist. Anders als der Arzt verfügt der Heilpraktiker weder über eine vergleichbare Qualifikation noch unterliegt er vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Standespflichten. Insgesamt gesehen besteht daher die Zugangssperre für Heilpraktiker zur Kassenbehandlung zu Recht, weshalb auch eine Einbeziehung im Wege der "Bestimmung" nach § 122 Abs. 2 RVO nicht in Betracht kommen kann.

c) Die Rechtslage hinsichtlich psychotherapeutisch tätiger Diplom-Psychologen

Im Unterschied zu den Heilpraktikern ist die Rechtslage im Fall der nichtärztlichen Psychotherapeuten umstritten, wenn es sich dabei um entsprechend vorgebildete Diplom-Psychologen handelt. Die Kontroverse beginnt bei ihrem kurierrechtlichen Status¹³⁹⁾ und endet bei dem Streit um die krankenversicherungsrechtliche Qualifikation der von ihnen erbrachten psychotherapeutischen Dienstleistungen, ein Streit, der durch das sog. "Delegationsverfahren" nach den zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinbarung geschlossene

138) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt A IV 2 a (S. 35)

139) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 2 (a. E.), S. 42

Psychotherapie-Vereinbarungen nicht beigelegt worden ist. Dies deshalb, weil hiervon nur die mit einer Zusatzausbildung versehenen rund 300 bis 350¹⁴⁰⁾ tiefenpsychologisch und psychoanalytisch tätigen Diplom-Psychologen begünstigt, die rund 5000 bis 8000¹⁴¹⁾ die Verfahren der Gesprächs-, Verhaltens-, Gestalt-, Primärtherapie und andere Therapieformen¹⁴²⁾ anwendenden Psychologen aber weitgehend ausgeschlossen sind und im übrigen die Heranziehung als "Heilhilfsperson" unter ärztlicher Oberleitung als diskriminierend angesehen wird¹⁴³⁾. Daran setzt letztlich auch die juristische Kritik an den Psychotherapie-Vereinbarungen an¹⁴⁴⁾.

aa) Die leistungsrechtliche Einordnung nichtärztlicher psychotherapeutischer Leistungen und die Frage des Sicherstellungsadressaten

Während die Krankenkassen ursprünglich nichtärztliche psychotherapeutische Leistungen entweder im Anordnungsverfahren im Rahmen der ärztlichen Behandlung oder im Verordnungsverfahren als Heilmittel gewährten¹⁴⁵⁾, wurde die Erbringung dieser Dienstleistungen aufgrund der auf diesem Sektor eingetretenen "unkontrollierbare(n) Entwicklung"¹⁴⁶⁾ ab dem Jahre 1967 mehr und mehr in ärztliche Hände überführt und voll und ganz in die kassenärztliche Versorgung (§ 36b Abs. 2 RVO) inte-

140) Vgl. Psychiatrie-Enquête, S. 139 f.

141) Vgl. SZ vom 15. 4. 1977, S. 9

142) Vgl. zu den zahlreichen Therapieformen: Psychiatrie-Enquête, S. 141

143) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 14

144) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 31 ff.

145) Vgl. Weidner, a.a.O.; Seewald, a.a.O., S. 2495

146) Widekamp, a.a.O.

griert¹⁴⁷⁾.

Die geltenden Psychotherapievereinbarungen¹⁴⁸⁾ sind im wesentlichen durch zwei Merkmale geprägt: Der Versicherte, der einer tiefenpsychologisch fundierten bzw. einer psychoanalytischen Behandlung bedarf, muß sich zunächst in jedem Fall an einen kassenärztlichen Psychotherapeuten wenden (Vorschaltungsprinzip). Hält dieser nach Abklärung des Krankheitsbildes eine solche Behandlung für indiziert, so darf er mit der Behandlungsdurchführung einen nichtärztlichen Psychotherapeuten beauftragen, der eine entsprechende Berechtigung der Kassenärztlichen Vereinigung besitzt (Delegationsmöglichkeit).

Zutreffender Ausgangspunkt für dieses Verfahren ist, daß die selbständig-eigenverantwortliche Erbringung psychotherapeutischer Leistungen zur Behandlung seelischer oder psychosomatischer Krankheiten (z. B.: Neurosen, Phobien, neurotische Depressionen, vegetativ-funktionelle Störungen¹⁴⁹⁾) Ausübung der Heilkunde darstellt¹⁵⁰⁾ (§ 1 Abs. 2 HPG) und daher als ärztliche Behandlung leistungsrechtlich dem Arztvorbehalt des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO unterfällt. Daran ändert auch nichts, daß der nichtärztliche Psychotherapeut aufgrund einer Heilpraktikererlaubnis befugtermaßen arztunabhängig tätig werden darf. Können demnach psychotherapeutische Leistungen nur als ärztliche Behandlung aufgrund mindestens mittelbarer Mitwirkung eines kassenärztlichen Psychotherapeuten erbracht werden, dann vermag eine arztunabhängige Leistungserbringung durch einen nichtärztlichen Psychotherapeuten auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Heilmittels oder einer - seit Öffnung des Leistungskatalogs durch die Rehabilitationsgesetzgebung möglichen - "unbenannten Leistung" eine

147) Vgl. dazu die am 1.10.1967 in Kraft getretenen "Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über tiefenpsychologisch fundierte und analytische Psychotherapie" - Psychotherapie-Richtlinien - i. d. F. vom 3.5.1967 (BAnz 180/1967)

148) Vgl. dazu oben Fn. 57 (S. 55)

149) Vgl. Ziff. 2.1 der Psychotherapie-Richtlinien i. d. F. vom 27.1.1976 (BAnz 76/1976)

150) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 2 (a.E.), 3 (S. 42 ff.); Widekamp, a.a.O., S. 436

Leistungspflicht der Krankenkassen auszulösen¹⁵¹⁾. Weder könnte auf diese Weise das Arztmonopol des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO umgangen werden noch handelt es sich dann begrifflich um solche Leistungen. Der gegenteiligen Ansicht, die den Leistungstatbestand der ärztlichen Behandlung nicht als exklusiv ansieht und neben der ärztlichen auch eine nichtärztliche Heilbehandlung anerkennt¹⁵²⁾, kann nicht gefolgt werden, weil dies ein unzulässiges Aufsprengen des trotz seiner materiellen Öffnung systematisch immer noch geschlossenen Leistungskatalogs der Krankenhilfe bedeutete und angesichts der unabsehbaren Kostenfolgen¹⁵³⁾ auch nicht angenommen werden kann, daß dies vom Gesetzgeber gewollt ist¹⁵⁴⁾. Abgesehen davon wäre dann für die Krankenkassen kaum noch kontrollierbar, ob die Therapie wirklich zur Behandlung einer Krankheit und nicht nur zur Behebung sozialer Konfliktlagen oder anderer psychischer Affektionen ohne Krankheitswert dient¹⁵⁵⁾. Eine unmittelbare Inanspruchnahme nichtärztlicher Psychotherapeuten kann aber auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil es ihm an der heilkundlichen Allkompetenz des ärztlichen Berufs fehlt. Das wird gerade im Bereich der psychosomatischen Krankheiten sichtbar, für den die nichtärztlichen Psychotherapeuten gleichfalls eine Behandlungskompetenz reklamieren. Die Verkenennung der wahren Krankheitsursache, etwa die irrige Annahme einer psychischen statt

151) im Ergebnis ebenso: BSG, NJW 1979, S. 2363 ff.; BSG, NJW 1980, S. 1919 ff.; Schulte/Trenk - Hinterberger, ZfS 1979, S. 321 (324); Heinze, a.a.O., § 122 RVO, Anm. 7 (S. 112/4); das BSG (Urt. vom 28.11.1979, SGB 1980, S. 61) billigt neuerdings dem Versicherten im Wege des Schadensausgleichs einen Kostenerstattungsanspruch zu, wenn er wegen mangelnder Aufklärung und Beratung seiner Kasse nach I §§ 13 f. SGB (Hinweis auf das Delegationsverfahren) unmittelbar einen nichtärztlichen Psychotherapeuten konsultiert hat

152) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 49 ff.; Schirmer, a.a.O., S. 204

153) Nach Angaben des Bundesverbandes der Ortskrankenkassen unläufig der Anhörung zum Entwurf eines Psychotherapeutengesetzes am 13.10.1978 im BMJFG müßten die Kassen mit jährlichen Mehrkosten von ca. 2 Mrd. DM rechnen

154) so wohl auch: Mrozynski, a.a.O., S. 211; Schulte/Trenk-Hinterberger, a.a.O.

155) Vgl. Mrozynski, a.a.O., S. 212

somatischen Ursache bei der Diagnostik kann fatale Folgen für die Gesundheit des Patienten haben. Nicht von ungefähr bereitet gerade dieser Grenzbereich erhebliche legislatorische Schwierigkeiten bei der Schaffung eines Gesetzes über den Beruf des nichtärztlichen Psychotherapeuten¹⁵⁶⁾. Dieser latent vorhandenen und ohne ärztliche Vorschaltung nicht steuerbaren Gefahrenlage dürfte die GKV den Versicherten im Hinblick auf dessen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht aussetzen¹⁵⁷⁾. Damit erledigt sich aber auch die Frage einer unmittelbaren Einbeziehung nichtärztlicher Psychotherapeuten im Wege der Ermächtigung (§ 31 ZO/Ä, § 14 BMV/Ä) in das kassenärztliche Versorgungssystem, eine Möglichkeit, die im Fall der nichtärztlichen Psychotherapeuten diskutiert wird¹⁵⁸⁾ und die das BSG in der MTA-Entscheidung¹⁵⁹⁾ bei Versorgungslücken immerhin anerkannt hat¹⁶⁰⁾.

Erörtert wird allerdings die Möglichkeit, nichtärztliche Psychotherapeuten im Wege ärztlicher "Verordnung" einzuschalten und zwar nach dem Muster der Erbringung nichtärztlicher Dienstleistungen durch Angehörige der Heilhilfsberufe¹⁶¹⁾.

Da die fraglichen Dienstleistungen dann leistungsrechtlich entweder als (fiktives) "Heilmittel" oder als unbenannte "Krankenpflegeleistung" zu qualifizieren wären¹⁶²⁾, wäre eine unmittelbare Sicherstellung durch die Krankenkassen

156) Vgl. dazu Schulte/Trenk-Hinterberger, ZRP 1978, S. 287 ff.

157) Vgl. Meydam, a.a.O., S. 338

158) Vgl. Schirmer, a.a.O., S. 199

159) BSGE 38, 73 ff.

160) a.a.O., S. 76 f.

161) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 54 f.; Schirmer, a.a.O., S. 203 f.

162) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B II 1 b (S. 62)

im Vereinbarungsweg durchaus denkbar¹⁶³⁾. Für eine solche Lösung spräche immerhin, daß bei arztabhängigem, nach Vorschaltung eines Kassenarztes erfolgreichem Tätigwerden das aufgezeigte Gefahrenmoment für den versicherten Patienten wegfielen, daß vor Aufnahme der psychotherapeutischen Behandlung eine differentialdiagnostische Abklärung erfolgt und in diesem Rahmen auch abklärbar ist, ob es sich überhaupt um einen Krankheitsfall handelt. Selbstverständlich wäre hierfür weiter Voraussetzung, daß der nichtärztliche Psychotherapeut Inhaber einer Heilpraktikererlaubnis ist, und sich damit als persönlich zuverlässiger und physisch und psychisch geeigneter Behandler ausweist. Gegen eine solche Lösung spricht allerdings wiederum, daß die so, d. h. selbständig-eigenverantwortlich¹⁶⁴⁾ erbrachten psychotherapeutischen Dienste heilkundlicher Natur sind, daher dem Arztvorbehalt des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO unterfallen und begrifflich deshalb nicht in Gestalt einer nichtärztlichen Leistung erbringbar sind¹⁶⁵⁾.

Dieser Aspekt und die bereits aufgezeigten Gesichtspunkte sprechen dafür, daß die (kassenarztrechtliche) Sicherstellung solcher Dienste nach dem Modell der Psychotherapie-Richtlinien und -Vereinbarungen de lege lata die einzig mögliche Bereitstellungsform ist¹⁶⁶⁾. Letztlich können aber die aufgeworfenen dogmatischen Fragestellungen in Bezug auf jene

163) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 63; Schirmer, a.a.O., S. 204; so auch der Berichterstatter des 1. Senats des BVerfG im Rahmen der Vorbereitung einer Entscheidung über die Annahme der Verfassungsbeschwerde einer Diplom-Psychologin hinsichtlich der psychotherapeutischen Versorgung in der GKV (zit. nach Meydam, a.a.O., S. 335)

164) Vgl. Widekamp, a.a.O.; BSGE 38, 73 (77); 42, 16 (17)

165) so auch BSG vom 25.11.1981, ZfS 1982, S. 51 f.

166) Vgl. BSG vom 1.3.1979, NJW 1979, S. 2363 (2364 f.) und hierzu: v. Winterfeld, NJW 1979, S. 2338 (2339 f.)

nichtärztlichen Psychotherapeuten, die durch die Psychotherapie-Vereinbarungen nicht begünstigt werden, weil sie entweder über die hiervon geforderte Weiterbildung (Zusatzausbildung)¹⁶⁷⁾ nicht verfügen oder sich anderer als psychoanalytischer Verfahren bedienen, auf sich beruhen. In jedem Fall stellen sich insoweit nämlich schwerwiegende - soweit ersichtlich - bislang noch nicht verbindlich geklärte Qualitätsfragen. Die eine Frage betrifft das Problem der Behandlungskompetenz¹⁶⁸⁾ die andere das Problem des Nutzens und der Wirksamkeit der verschiedenen psychotherapeutischen Verfahren. Das Kompetenzproblem stellt sich deshalb, weil die Tätigkeit des Diplom-Psychologen nicht notwendigerweise eine heilkundliche sein muß, wie seine vielfältigen Verwendungen zeigen. Die klinische Psychologie bildet in den universitären Studiengängen nur einen Teil der psychologischen Ausbildung. Demnach kann zwar davon ausgegangen werden, daß der Diplom-Psychologe über eine einschlägige Qualifikation verfügt, nicht aber, ob er auch die krankenversicherungsrechtlich erforderliche Befähigung besitzt. Aus diesem Grunde gehen auch die Experten¹⁶⁹⁾ davon aus, daß der nichtärztliche Psychotherapeut einer zusätzlichen berufsqualifizierenden Weiterbildung bedarf, ehe er zu einer erfolgversprechenden Tätigkeit in der Lage ist. Im Hinblick auf die Anforderungen des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) kann dies nicht außer Betracht bleiben. Von daher muß aber die Möglichkeit auf Zugang zur Kassenbehandlung für all jene psychotherapeutisch tätigen Diplom-Psychologen ausscheiden, die eine solche Weiterbildung nicht absolviert haben.

167) Vgl. dazu Weidner, a.a.O., S. 30

168) Vgl. Schirmer, a.a.O.

169) Vgl. Psychiatrie-Enquete, S. 347 f.

Eine nicht minder gewichtige Hürde für den Zugang ist sodann das Problem der Wirksamkeit der einzelnen Therapieformen. Zwar ist die Freud'sche Tiefenpsychologie oder Psychoanalyse schon seit längerem als "Mittel der Wahl für bestimmte, inzwischen fest umrissene (seelische) Krankheitsbilder" anerkannt¹⁷⁰⁾, für andere, wesentlich jüngere psychotherapeutische Verfahren kann dies jedoch nicht ohne weiteres gesagt werden. Insoweit fehlt weitgehend noch der erforderliche Nachweis, daß sich diese Verfahren tatsächlich "gezielt zur Bekämpfung der (seelischen) Krankheit"¹⁷¹⁾ eignen und der Bedarf nach solchen Leistungen nicht nur einer "Mode" entspricht. Dies umso mehr, als sich die verschiedenen psychotherapeutischen Lehrmeinungen untereinander befehden, die Modalitäten der Erbringung psychotherapeutischer Dienste in Fachkreisen umstritten sind, die psychotherapeutische Diagnostik nicht unumstritten ist und neuerdings auch behauptet wird, daß psychotherapeutische Verfahren ganz allgemein, selbst in den Händen berufener Therapeuten, für den Klienten nicht ungefährlich sind¹⁷²⁾. Auch diese Umstände stehen einer Heranziehbarkeit der hiernach tätigen nichtärztlichen Psychotherapeuten im Wege und zwar unabhängig davon, ob, auf welche Weise und in welchem Umfang ein (Kassen-)Arzt im konkreten Fall an der Behandlung mitzuwirken hätte. Selbst wenn man eine Gewährung psychotherapeutischer Dienste als nichtärztliche Leistung und damit entsprechende Beschaffungsvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Berufsverbänden im Grunde für möglich hielte, ist nicht zu erwarten, daß die inmittenstehenden Fachfragen im Vereinbarungsweg abschließend und - vor allem - "richtig" gelöst

170) Vgl. von Renthe-Fink, DOK 1964, S. 541 ff. (542);
kritisch zur Psychoanalyse: Puder, DÄBl 1978, S. 2525 ff.

171) BSGE 42, 16 (19)

172) Vgl. dazu SZ vom 21.12.1978; Der Spiegel Nr. 7/1982
vom 15.2.1982, S. 166 ff., 178 ff.

werden könnten. Solange aber nicht nur die Ungefährlichkeit, sondern auch der Nutzen arztunabhängiger psychotherapeutischer Dienste nicht positiv feststehen, kann aus den schon früher genannten Gründen^{172a)} im Ausschluß nichtärztlicher Psychotherapeuten von der eigenverantwortlich-selbständigen Erbringung solcher Dienste (§ 122 Abs. 1 Satz 1 RVO) weder ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 12 Abs. 1 GG gesehen werden.

bb) Zur Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Entscheidung

Scheidet nach Sachlage eine krankenversicherungsinterne Lösung der Psychotherapeutenproblematik auf der Grundlage des geltenden Rechts aus, dann kann nur der Gesetzgeber eine Klärung bringen. Der im Jahre 1978 vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes über den Beruf des nichtärztlichen Psychotherapeuten wird allerdings nicht zuletzt wegen der erwähnten fachlichen Kontroversen nicht weiterverfolgt. In den betroffenen Kreisen werden dabei teilweise schon Stimmen laut, die fragen, ob eine "verstärkte Professionalisierung" nichtärztlicher Psychotherapeuten, wie sie der genannte Gesetzentwurf anstrebt, überhaupt (noch) wünschenswert sei¹⁷³⁾. Im übrigen ist zwischenzeitlich auch das BVerfG mit der Problematik befaßt, nachdem das LSG Bremen im Ausschluß arztunabhängig tätiger niedergelassener Diplom-Psychologen von der psychotherapeutischen, speziell verhaltenstherapeutischen Behandlung Sozialversicherter einen Verstoß gegen deren Recht "auf eine möglichst umfassende gesundheitliche Versorgung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG)" sowie eine "sachwidrige ... Differenzierung zwischen Ärzten und Diplom-Psychologen (Art. 3 Abs. 1 GG)" sieht und diese Fragen mit Beschluß vom 10. Juli 1980¹⁷⁴⁾ gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt hat.

172 a) Vgl. oben Abschnitt B III 2 b aa, bb (S. 71 ff., 74 ff.)

173) Vgl. Der Spiegel, a.a.O., S. 176

174) ZfS 1981, S. 49 ff. mit Anm. Rieger, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1982, S. 110 ff.

C) Die Tatbestände der nichtärztlichen Krankenhilfeleistungen

I. Nochmals: Der Leistungstatbestand "Heilmittel"

In Abschnitt B wurden die Kriterien zur Abgrenzung der ärztlichen von den nichtärztlichen Krankenpflegeleistungen aufgezeigt. Dabei wurde festgestellt, daß die Grenzlinie zwischen den Leistungstatbeständen "ärztliche Behandlung" einerseits und "Heilmittel" andererseits verläuft. Der Leistungstatbestand "Heilmittel" hat sich damit faktisch als generalklauselartiger Mischtatbestand erwiesen, unter den die noch h. M. die verschiedenartigsten nichtärztlichen Leistungsgegenstände subsumiert. Nicht nur reine Sachmittel, wie z. B. Bruchbänder, Einlagen etc., sächliche Mittel mit Dienstleistungskomponente, wie z. B. medizinische Bäder, sondern auch reine Dienstleistungen, wie beispielsweise Krankengymnastik oder Sprachtherapie werden ihm zugeordnet¹⁾. Er ist zugleich ein exemplarisches Beispiel dafür, wie sehr sozialrechtliche Jurisprudenz oft "am Detail haftet"²⁾ und mit einer umfangreichen, wenn nicht unüberschaubaren Kasuistik konfrontiert ist.

II. Die sonstigen nichtärztlichen Krankenpflegeleistungen

Im Unterschied zu dem vielschichtigen Leistungstatbestand "Heilmittel" sind die sonstigen benannten nichtärztlichen Krankenpflegeleistungen überschaubar und inhaltlich weitgehend unproblematisch. Vor allem decken sich abstrakter Leistungstatbestand und konkreter Leistungsgegenstand.

1) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B II 1 (S. 59 ff.)

2) Vgl. Zacher, DÖV 1970, S. 3

1. Dienstleistungen

a) Belastungserprobung und Arbeitstherapie

Diese in § 182 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. e) RVO und in § 13 Abs. 1 Nr. 5 KVLG vorgesehenen Krankenpflegeleistungen wurden im Zuge der Rehabilitationsgesetzgebung des Jahres 1974 in den Leistungskatalog aufgenommen. Es handelt sich hierbei um Leistungen der medizinischen Rehabilitation³⁾, für die die Krankenkassen (subsidiär) nur dann aufzukommen haben, wenn eine (primäre) Leistungspflicht eines anderen Rehabilitationsträgers nicht besteht (§ 182 d RVO, § 16 Abs. 3 KVLG). Sie sind darauf gerichtet, das Leistungsvermögen des Kranken zu prüfen oder durch bestimmte therapeutische Maßnahmen zu verbessern⁴⁾. Während "Belastungserprobung" diejenigen medizinischen Maßnahmen sind, die der Feststellung dienen, inwieweit der Anspruchsteller in der Lage ist, sich wieder im Leben mit Tätigkeiten zu belasten, ohne dabei seine Gesundheit zu schädigen⁵⁾, ist "Arbeitstherapie" die systematische Schulung des Kranken oder Behinderten mit dem Ziel seiner späteren (Wieder-) Eingliederung in den Arbeitsprozeß⁶⁾. Sie unterscheidet sich daher von der - wenn überhaupt in der GKV (als Heilmittel) zu gewährenden - Beschäftigungstherapie⁷⁾. Deren Zweck ist allein die Wiedererlernung infolge Krankheit oder Behinderung verlorengegangener Grundfunktionen und damit die Wiedereingliederung in das Alltagsleben⁸⁾. Andererseits reicht die Arbeitstherapie aber nicht soweit, das Leistungsvermögen des Kranken

3) Vgl. auch § 10 Nr. 5 RehaAnglG

4) Vgl. Mroczynski, a.a.O., S. 64

5) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 3.2.7

6) Vgl. Heinze, a.a.O., § 182 d RVO, Anm. 4

7) Vgl. dazu BSGE 42, 16

8) Vgl. Heinze, a.a.O.

durch die Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten zu steigern, denn dies ist Angelegenheit der beruflichen Rehabilitation und damit Aufgabe der hierfür zuständigen Rehabilitationsträger (Rentenversicherungsträger, Bundesanstalt für Arbeit)⁹⁾.

b) Häusliche Krankenpflege

aa) Der Leistungsinhalt

Diese Dienstleistung¹⁰⁾ ist, je nach dem, ob sie in Verbindung mit ambulanter ärztlicher Behandlung Krankenhausbehandlung ersetzt oder nicht (§ 185 Abs. 1 Satz 2 RVO, § 18 Abs. 1 Satz 2 KVLG) eine Regelleistung oder eine Mehrleistung, in jedem Fall aber eine Pflichtleistung¹¹⁾. Sie gehört zu jenen Leistungen, die ausnahmsweise auch Gegenstand der Kostenerstattung sein können (§ 185 Abs. 3 RVO, § 18 Abs. 3 KVLG)¹²⁾. Die Gewährung häuslicher Krankenpflege setzt in jedem Fall den Versicherungsfall der Krankheit voraus, kommt also bei einem bloßen Pflegefall¹³⁾ nicht in Betracht. In der Regelleistungsform ist sie "neben der ärztlichen Behandlung" zu gewähren, "wenn Krankenhauspflege geboten, aber nicht ausführbar ist, oder Krankenhauspflege dadurch nicht erforderlich wird". Die Leistung stellt insoweit eine kostenmäßig günstige Alternative zur teureren Krankenhauspflege (§ 184 RVO, § 17 KVLG) dar.

9) Vgl. Mrozynski, a.a.O., S. 65

10) Vgl. BSGE 44, 139 (140) - Heimdialyse -

11) Vgl. Raible, ZfS 1978, S. 124

12) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt A III 2 (S. 23)

13) Vgl. dazu Mrozynski, a.a.O., S. 222 ff. und das dort abgedruckte BSG-Urteil vom 21.6.1978; Barth, DOK 1982, S. 212 (215)

Die für die erste Tatbestandsvariante maßgeblichen Gründe können objektiver und subjektiver Art sein, sei es, daß in den erreichbaren Krankenhäusern akuter Bettenmangel herrscht¹⁴⁾, sei es, daß der Begünstigte nicht transportfähig ist oder aus therapeutischen Gründen in seiner gewohnten Umgebung verbleiben soll¹⁵⁾. Die zweite Variante bezweckt demgegenüber augenscheinlich, die Nachfrage nach Krankenhausbetten und damit einen exorbitant angewachsenen Kostenfaktor zu drosseln¹⁶⁾. Damit hat der Gesetzgeber der Erfahrung Rechnung getragen, daß Krankenhausbetten häufig nur deshalb in Anspruch genommen werden, weil es zu Hause an Platz fehlt oder der pflegebedürftige Kranke auf sich allein gestellt ist¹⁷⁾. Als Mehrleistung kann "häusliche Krankenpflege" schließlich gewährt werden, wenn sie "zur Sicherung der ärztlichen Behandlung erforderlich ist". Dies ist der Fall, wenn sie für die Durchführung der ambulanten ärztlichen Behandlung so unumgänglich notwendig ist, daß ohne sie der Behandlungserfolg nicht erreicht wird oder dies unsicher ist^{17 a)}. Inhaltlich umfaßt die häusliche Krankenpflege die Gesamtheit aller notwendigen Pflegemaßnahmen, also die sog. Grundpflege (Waschen, Baden usw.) und Behandlungspflege (Durchführung diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen)¹⁸⁾. Qualitativ darf sie nach der ratio legis, soweit

14) Dieser Fall ist angesichts des heutigen "Bettenbergs" freilich mehr theoretischer Natur

15) Vgl. Heinze, a.a.O., § 185 RVO, Anm. 7; Raible, a.a.O., S. 125

16) Allein zwischen 1970 und 1980 haben sich die Aufwendungen für die Krankenhauspflege vervierfacht (1970: ca. 6 Mrd. DM 1980: ca. 25,3 Mrd. DM), zit. nach Beske/Zalewski, Gesetzliche Krankenversicherung; Analysen-Probleme - Lösungsansätze, S. 21 (Tabelle 1)

17) Vgl. Heinlein, Die Leistungen 1969, S. 65

17 a) Vgl. Raible, a.a.O., S. 126

18) Vgl. a.a.O., S. 127

sie als Naturalleistung gewährt wird, nicht hinter dem im Krankenhaus üblichen pflegerischen Niveau zurückbleiben. Dies bringen die Anspruchsregelungen dadurch zum Ausdruck, daß als Leistungserbringer nur sachkundige Personen - ausgebildete Kranken-, Haus-, Familien- und Altenpflegepersonen sowie anderweitig einschlägig erfahrene und bewährte Pfleger¹⁹⁾ in Betracht kommen.

bb) Die Vorbehaltsklausel

Der Anspruch auf Gewährung häuslicher Krankenpflege wird nun allerdings durch den Vorbehalt in § 185 Abs. 2 RVO bzw. in § 18 Abs. 2 KVLG eingeschränkt: Er besteht nicht, wenn eine im Haushalt lebende Person den Kranken pflegen kann, wobei es offenbar hinsichtlich des "Könnens" auf pflegerische Kenntnisse und Fertigkeiten nicht ankommt²⁰⁾. Damit erweist sich die häusliche Krankenpflege als Subsidiärleistung, für die die GKV nur aufkommt, wenn die häusliche Solidargemeinschaft des Kranken pflegerische Dienste nicht zu leisten imstande ist. Verwiesen ist der Kranke dabei nicht nur auf haushaltszugehörige Familienangehörige, sondern auch auf andere, zu seinem Haushalt gehörige Personen, ohne Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältnis²¹⁾. Der hier zum Ausdruck kommende Solidargedanke²²⁾ korrespondiert mit dem in der allgemeinen Rechtsordnung schon seit langem anerkannten Rechtsgedanken gegenseitiger Beistandspflicht in Lebensgemeinschaften²³⁾. Freilich findet die Verweisung dort ihre Grenze, wo pflegerische Hilfe den Haushaltsangehörigen unmöglich oder unzumut-

19) Vgl. Aml. Begr. zu Art. 2 Nr. 2 Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz, BT-Drs. 9/570, S. 27

20) Vgl. a.a.O.

21) Vgl. Heinze, a.a.O., Anm. 9

22) Vgl. dazu BSGE 44, 139 (141)

23) so insbesondere die hieraus folgende Garantenpflicht im Strafrecht; vgl. etwa Stree in Schönke-Schröder, § 13 StGB, Anm. 23 ff.

bar ist. Abhängig ist dies einmal von der Art und Schwere der Krankheit des Pflegebefohlenen, zum anderen von den persönlichen Verhältnissen der potentiellen Pflegeperson²⁴⁾.

c) Haushalts- und Betriebshilfe

Die begleitende Leistung der Haushaltshilfe - in der GKV teils Pflicht-, teils Mehrleistung (§ 185 b Abs. 1, Abs. 3 RVO), in der landwirtschaftlichen KV hingegen durchwegs Mehrleistung²⁵⁾ (§ 35 KVLG) - ist in der Regel ebenfalls natural durch Gestellung einer Ersatzkraft zu gewähren. Sie gehört zwar zu den Leistungen der Krankenhilfe²⁶⁾, um eine Leistung der Krankenpflege handelt es sich allerdings nicht, da sie unmittelbar nicht dem Kranken, sondern dessen Angehörigen zugutekommt. Unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen ist es Aufgabe der Ersatzkraft und damit Inhalt des Leistungstatbestandes, den Haushalt weiterzuführen, also Nahrungsmittel zu beschaffen, Mahlzeiten zuzubereiten und Wohnung und Kleidung instandzuhalten. Entsprechendes gilt für die in der landwirtschaftlichen KV als Pflicht-, teils aber auch als Mehrleistung vorgesehene Betriebshilfe (§ 34 KVLG), durch die die Fortführung eines landwirtschaftlichen Betriebs ermöglicht werden soll und demgemäß entsprechende Dienste beinhaltet. Im Unterschied zur häuslichen Krankenpflege sind die beiden Leistungstatbestände nicht mit einer Vorbehaltsklausel versehen, soweit es sich um die naturale Gewährung handelt. Unter Vorbehalt steht jedoch die in § 185 b Abs. 2 Satz 2 RVO bzw. in § 36 Satz 2 KVLG auch hier vorgesehene subsidiäre Kostenerstattung insofern, als bei Unmöglichkeit der Ersatzkraftgestellung durch die Krankenkasse Kosten für eingesprungene Verwandte und Verschwägte bis zum zweiten Grad grundsätzlich nicht erstattet werden (§ 185 b Abs. 2 Satz 3 RVO; § 36 Satz 5 KVLG). Mit dieser Verhinderung

24) Vgl. Heinze, a.a.O.

25) Vgl. BSG vom 29.6.1977, USK 7794

26) Vgl. Heinze, a.a.O., § 185 b RVO, Anm. 2

einer "Oma auf Krankenschein" soll von vornherein Rechtsmißbräuchen entgegengetreten werden²⁷⁾.

d) Förderung von Behindertensport

Auch dieser in § 193 Nr. 1 RVO bzw. in § 21 a KVLG festgelegte Leistungstatbestand gehört zu den Maßnahmen der Krankenhilfe, ohne jedoch eine Leistung der Krankenpflege zu sein²⁸⁾. Zweck der Leistung ist die medizinische Rehabilitation Behindelter²⁹⁾. Da es sich beim Behindertensport um eine relativ junge Disziplin handelt, hat der Gesetzgeber bewußt auf eine nähere Konkretisierung des Leistungstatbestandes verzichtet. Abgesehen davon, daß es sich nach herrschender Anschauung^{29 a)} hierbei um eine Individualleistung und nicht um eine kollektive, auf Förderung von Behindertensportvereinen abzielende Subvention handelt, hat der Gesetzgeber sich lediglich auf die Vorgaben beschränkt, daß der Anspruchsteller behindert ist, die Sportmaßnahme für eine Rehabilitation erforderlich ist, in Gruppen durchgeführt wird, unter ärztlicher Betreuung steht und ärztlich verordnet wurde³⁰⁾. In diesem Rahmen liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Krankenkasse, im Einzelfall entsprechende Leistungen zu gewähren.

2. Sachleistungen

Während der (Kassen-)Arzt bzw. (Kassen-)Zahnarzt im Bereich der im Rahmen der Krankenhilfe zu gewährenden Dienstleistungen qualitativ und quantitativ dominiert, ist der Sachlei-

27) Vgl. Amtl. Begr. zu § 1 Nr. 11 KVKG, BT-Drs. 8/166, S. 26

28) Vgl. Heinze, a.a.O., § 193, Anm. 2 und 4

29) Vgl. Amtl. Begr. zu § 21 Nr. 14 RehaAnglG, BT-Drs. 7/1237, S. 58

29 a) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 193 RVO, Anm. 2 m.w.N.

30) Vgl. Heinze, a.a.O., Anm. 4

stungsbereich traditionell die Domäne nichtärztlicher Leistungserbringer.

a) Arznei-, Verband-, Heilmittel und Brillen

Diese Leistungsgegenstände gehören zu den wichtigsten und kostenträchtigsten Sachleistungen der GKV. Sie sind denn auch immer wieder Ansatzpunkt für Kostendämpfungsbemühungen des Gesetzgebers. So steht die Sachleistungsgruppe der Arznei-, Verband- und Heilmittel seit dem KVKG (1977) unter einem Leistungsvorbehalt für sog. "Bagatellmittel", die "bei geringfügigen Gesundheitsstörungen verordnet (zu) werden" pflegen; eine rechtsförmliche Ausfüllung dieses Vorbehalts sowohl durch (ursprünglich vorgesehene) Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen nach § 368 p Abs. 8 RVO³¹⁾ als auch durch Rechtsverordnung nach § 182 f RVO, § 16 a KVLG³²⁾ unterblieben ist, ist der (grundsätzliche!) Ausschluß solcher Arzneimittel nunmehr durch eine sog. "Negativliste" in § 182 f Abs. 2 RVO (§ 16 a Abs. 2 KVLG) unmittelbar festgelegt.

aa) Die Abgrenzung von Heil- und Arzneimitteln

Während kurativ indizierte sächliche Mittel zu den Heilmitteln zählen, sofern sie äußerlich auf den Körper einwirken³³⁾, sind Arzneimittel all jene Sachmittel, die durch Einnehmen, Einlauf, Einspritzung, Einreibung usw. vorwiegend auf den inneren Organismus wirken³⁴⁾. Arzneibehältnisse sind dabei

31) i. d. F. des § 1 Nr. 38 Buchst. b) KVKG (BGBl I 1977, S. 1069); zwischenzeitlich wieder aufgehoben

32) i. d. F. des Art. 1 Nr. 6 bzw. Art. 3 Nr. 6 KVEG (BGBl I 1981, S. 1578)

33) Vgl. Heinze, a.a.O., § 182, Anm. 8 c (S. 112/13); Brackmann, S. 386 f I, 368 h; Kühne, ArbVers. 1930, S. 17 (18); vgl. zum Heilmittelbegriff im übrigen nochmals oben Abschnitt B II. 1 (S. 59 ff.) und Abschnitt C 1 (S. 85)

34) Vgl. RVA, EuM 25, 313; BSGE 28, 158 (159) - inhalierter Sauerstoff -

notwendiges Zubehör³⁵⁾. Der Arzneimittelbegriff der GKV ist in mehrfacher Hinsicht enger als jener des Arzneimittelrechts. Er umfaßt zunächst nur jene Arzneimittel, die zur Sphäre des versicherten Risikos gehören, im Rahmen der Krankenpflege also der Erkennung, Heilung oder Besserung von Krankheiten oder der Linderung von Schmerzzuständen dienen³⁶⁾. Demgegenüber sind Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelrechts (§ 2 AMG) aufgrund seiner gefahrenabwehrenden Funktion im wesentlichen alle Stoffe, Stoffzubereitungen und Gegenstände, die zur Anwendung am oder im menschlichen (oder tierischen) Körper bestimmt sind, ohne Mittel oder Gegenstände i. S. des § 2 Abs. 3 AMG zu sein. Geriatrika zur Beeinflussung physiologischer Alterserscheinungen etwa sind Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG), nicht aber im Sinne des in Rede stehenden Leistungstatbestandes, da der (normale) Altersprozeß keine Krankheit ist. Andererseits werden Kontaktlinsen dem Leistungstatbestand "Brillen" zugeordnet³⁷⁾, während sie arzneimittelrechtlich nach überwiegender, wenn auch umstrittener Ansicht als (fiktives) Arzneimittel i. S. des § 2 Abs. 2 Nr. 2 AMG angesehen werden³⁸⁾. Der krankenversicherungsrechtlich maßgebliche Arzneimittelbegriff ist

35) Vgl. Peters, a.a.O., Teil II/1, § 182 RVO, Anm. 4 b (a. E.) (S. 17/284)

36) Vgl. Peters, a.a.O., Anm. 4 a (S. 17/279); Heinemann/Liebold, a.a.O., § 368 RVO, Anm. 17 (= Rdnr. C 39); Heinze, a.a.O., Anm. 8 a (S. 112/6); Kühne, a.a.O., S. 17

37) Vgl. Brackmann, a.a.O., S. 386 1; Heinze, a.a.O., Anm. 8 d (S. 112/14); Peters, a.a.O., Anm. 4 d (S. 17/286-1-); v. Maydell, ZfS 1979, S. 193 (195); Schmidt, Sachleistungslexikon, Stichwort: "Kontaktlinsen"

38) Vgl. Sander/Scholl, § 2 AMG, Erl. C 28; Ott, NJW 1981, S. 1299; a. A.: v. Maydell, a.a.O.; Rothsching, NJW 1981, S. 2508 (2509)

schließlich auch deshalb enger als der des AMG, weil an (Fertig-)Arzneimittel in der GKV im Hinblick auf die Maßstäbe des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG, § 368 e Satz 2 RVO) strengere Qualitäts-, d. h. Wirksamkeitsanforderungen gestellt werden und gestellt werden dürfen³⁹⁾ als im Rahmen des arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahrens nach § 25 AMG⁴⁰⁾. Demzufolge sind nicht alle auf dem Markt befindlichen zugelassenen (Fertig-)Arzneimittel ipso iure in der GKV verschreibungsfähig, sondern nur jene, die hinsichtlich ihres (positiven) "therapeutischen Nutzens durch den Hersteller ausreichend gesichert" sind⁴¹⁾. Und schließlich ist hier noch der (grundsätzliche!) Ausschuß von Arzneimitteln i. S. der "Negativliste" des § 182 f Abs. 2 (§ 16 a Abs. 2 KVLG) zu vermerken.

39) Vgl. BVerwG vom 2.7.1979, NJW 1980, S. 656 (657); Henning, NJW 1978, S. 1676; sehr str., a.A.: Trescher/Bauer, SGB 1977, S. 11; Denninger, NJW 1981, S. 619 f.; Droste, ArztR 1980, S. 240 ff.; Küchenhoff, SGB. 1976, S. 1 ff.; ders., SGB 1979, S. 89 ff.; ders. SGB 1980, S. 133 ff.

40) Umstritten ist insbesondere, ob im Rahmen des arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahrens bereits eine (positive) Wirksamkeitsprüfung, wie dies krankenversicherungsrechtlich verlangt wird, stattfindet oder nicht und je nach dem für das Recht der GKV vorgreiflich ist; verneinend BVerwG, a.a.O., S. 657 ff.; bejahend: Trescher/Bauer, a.a.O.; Küchenhoff, a.a.O.

41) Vgl. Nr. 11 der aufgrund § 368 p Abs. 1 RVO vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen erlassenen und gem. § 28 Abs. 1 BMV/Ä für die Beteiligten verbindlichen Arzneimittelrichtlinien vom 19.6.1978, Beilage Nr. 30/78 zum BAnz 235/1978

bb) Verbandmittel

Obwohl im Leistungsrecht der GKV als "Mittel eigener Art"⁴²⁾ ausgewiesen, sind Verbandmittel (Binden, Watte, Pflaster) arzneimittelrechtlich (fiktive) Arzneimittel (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 AMG). Im Unterschied zu den anderen Leistungstatbeständen muß sich der Versicherte nur selten um die Beschaffung von Verbandmitteln kümmern, da der behandelnde Arzt sie in der Regel seinem Sprechstundenbedarf entnimmt, der ihm nach den vertraglichen Abmachungen zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen als Vorrat zugestanden ist⁴³⁾.

cc) Brillen

Die "Brille" ist seit dem Reha-AnglG von 1974 ebenfalls eine Sachleistung eigener Art⁴⁴⁾. Zwar war die Brille bereits vorher ausdrücklich erwähnt, jedoch ließ sie der Gesetzeswortlaut als Sonderfall unter den (kleineren) Heilmitteln erscheinen⁴⁵⁾. Die jetzige Gesetzesfassung ist konsequent, denn typischerweise erfüllt die Brille keinen Heilzweck⁴⁶⁾, sondern hat eher die Funktion eines Hilfsmittels, weil sie einen Sehfehler des Auges ausgleichen soll⁴⁷⁾. In der Literatur wird denn auch zunehmend das Synonym "Sehhilfen" für die Brille verwendet⁴⁸⁾. Dieser Begriff umschreibt zutreffend die Vielgestaltigkeit dieser Sachleistung da dazu heute nicht mehr nur die "klassische" Brille (optische

42) Vgl. Heinemann-Liebold, a.a.O., § 368 RVO, Anm. 18 (C 47)

43) Vgl. die bei Heinemann-Liebold, a.a.O., Band III, S. IV 142 ff. abgedruckten Vereinbarungen über den Sprechstundenbedarf

44) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 182 a RVO, Anm. 2; Heinemann-Liebold, a.a.O., § 368, Anm. 21 = RdNr. C 50 (S. C 40)

45) Vgl. § 182 Nr. 1 (a. F.) "... Brillen ... und anderen kleineren Heilmitteln"

46) Vgl. Kühne, a.a.O., S. 18; Heinemann-Liebold, a.a.O.

47) Vgl. RVAE 2771, AN 1923, S. 301; BSGE 36, 146 (148); Heinze, a.a.O., Anm. 8 d (S. 112/14); Peters, ZSR 1980, S. 474 (475)

48) Vgl. z. B. Heinze, a.a.O.; Heinemann-Liebold, a.a.O.

Gläser plus Fassung), sondern bei entsprechender medizinischer Indikation auch Lichtschutzbrillen und Kontaktlinsen bzw. Haftschalen gehören⁴⁹⁾. Das KVEG hat durch den neueingefügten § 182 g RVO (§ 16 b KVLG) den Leistungsanspruch auf Brillenversorgung dahin begrenzt, daß Ersatzbrillen für Anspruchsberechtigte über dem 14. Lebensjahr bei unveränderter Sehfähigkeit erst in einem dreijährigen Mindestabstand gewährt werden. Damit soll verhindert werden, daß Brillen, namentlich Brillenfassungen zu versicherungsfremden, insbesondere modischen Zwecken aus Versicherungsmitteln finanziert werden. Diese Beschränkung gilt freilich nicht für eine notwendige Instandsetzung, die wie bisher von den Krankenkassen ohne zeitlichen Mindestabstand zu gewähren ist. Im Grunde genommen hat die Regelung nur klarstellende Funktion, da sachlich notwendige Anspruchsbegrenzungen bereits aus dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG) folgen. Wenn es dennoch einer solchen Regelung bedurfte, so drängt sich die Frage auf, ob die Krankenkassen etwa ihrem ökonomischen Steuerungsauftrag nur unzureichend nachgekommen sind, was zu der weiteren Frage provozieren könnte, was eigentlich von der viel berufenen Selbstverwaltung und damit Selbstverantwortlichkeit der Träger der GKV noch geblieben ist⁵⁰⁾.

b) Hilfsmittel

Einen bedeutsamen Stellenwert in der Sachleistungspalette der GKV gewonnen haben schließlich "Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel". Krauskopf⁵¹⁾ berichtet von

49) Vgl. Heinze, a.a.O.; Peters, a.a.O.; Breithaupt, S. 386 f.; nicht zur Krankenpflegeleistung "Brille" gehören dagegen Fernrohrbrillen, Brillenlupen etc. (vgl. Peters, ZSR 1980, S. 474 (475) mit weiteren Beispielen)

50) Vgl. dazu Beske/Zalewski, a.a.O., S. 60 ff.

51) NJW 1980, S. 676 (679)

einem sprunghaften Anstieg der Aufwendungen der Krankenkassen für diese Sachleistungsgüter, seitdem die Rehabilitationsgesetzgebung des Jahres 1974 den Krankenkassen Aufgaben der medizinischen Rehabilitation zugewiesen und in diesem Zuge den Leistungstatbestand des § 182 b RVO und des § 16 Abs. 2 KVLG eingeführt hat. Die genannten Gegenstände sind zu gewähren, wenn sie erforderlich sind, um einer drohenden Behinderung vorzubeugen, den Erfolg der Heilbehandlung zu sichern oder eine körperliche Behinderung auszugleichen. Damit ist klargestellt, daß Hilfsmittel bestimmungsgemäß nur außerhalb einer Heilbehandlung in Betracht kommen; andernfalls ist der fragliche Leistungsgegenstand ein Heilmittel⁵²⁾. Während es für die Auslösung der Leistungspflicht bei "Körperersatzstücken", (= Kunstglieder und andere künstliche Körperteile)⁵³⁾ schon genügt, daß sie dazu dienen, einen Körperteil zu ersetzen⁵⁴⁾, ist ein (anderes) sächliches Mittel ein "Hilfsmittel" im Sinne der GKV nur dann, wenn es unmittelbar dazu dient, die natürlichen Funktionen eines nicht oder nicht voll funktionsfähigen Körperorgans wenigstens teilweise zu ersetzen oder zu ergänzen⁵⁵⁾. Dadurch sind vorwiegend solche Maßnahmen ausgeschlossen, die nicht bei der Behinderung selbst, sondern bei deren Folgen auf beruflichem, gesellschaftlichem oder auch nur privatem Gebiet ansetzen⁵⁶⁾. Im Grunde geht es bei diesem

52) Vgl. Podleschny, Die Leistungen 1976, S. 97; Brackmann, S. 368 n

53) Vgl. Brackmann, a.a.O.

54) Vgl. Heinze, a.a.O., Anm. 10 (S. 112/16), § 182 b, Anm. 4 (S. 117)

55) Vgl. BSGE 37, 138 (141); BSG vom 12.2.1978, Breithaupt 1978, S. 521 und die weiteren Nachweise bei Heinze a.a.O., § 182 b, Anm. 4 (S. 117 f.)

56) Vgl. Mrozynski, a.a.O., S. 64 m.w.N.

Leistungstatbestand immer (auch) um die Frage, ob im konkreten Fall die Krankenkassen oder ein anderer Rehabilitations-träger leistungspflichtig ist⁵⁷⁾. Die Abgrenzungsmerkmale hierzu ergeben sich in der Regel aus der Wirkungsweise des Hilfsmittels im Einzelfall⁵⁸⁾. Unter den genannten Voraussetzungen werden von der GKV als Hilfsmittel etwa gewährt ein Hörgerät⁵⁹⁾, orthopädisches Schuhwerk⁶⁰⁾, ein elektrischer Zimmerfahrstuhl⁶¹⁾ einschließlich notwendigen Zubehörs, wie z. B. Akkuzellen⁶²⁾. Ferner umfaßt der Leistungstatbestand die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung sowie die Ausbildung im Gebrauch des Hilfsmittels (§ 182 b Satz 2 RVO, § 16 Abs. 2 Satz 2 KVLG). Selbstverständlich gilt auch hier der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß der Versicherte einen medizinisch nicht indizierten Mehraufwand selbst zu tragen hat. Dies ist in § 182 b Satz 3 RVO sowie in § 16 Abs. 2 Satz 3 KVLG nunmehr ausdrücklich klargestellt. Mangels unmittelbar auf die Behinderung selbst gerichteter Funktion ist dagegen etwa eine elektrische Schreibmaschine für einen Behinderten⁶³⁾ oder ein Autokindersitz⁶⁴⁾ für ein behindertes Kind kein Hilfsmittel. Darüberhinaus wurde im Rahmen des KVEG § 182 b RVO und § 16 Abs. 2 KVLG dahin ergänzt, daß "allge-

57) Vgl. a.a.O.

58) Vgl. Heinze, a.a.O., m. w. N.

59) Vgl. BSGE 33, 263

60) Vgl. BSGE 42, 229

61) Vgl. BSG vom 24.8.1978; SozR 2200 Nr. 9 zu § 182 b

62) Vgl. die Nachweise bei Heinze, a.a.O., Anm. 5 (S. 118); Stichwort "Hörgeräte"

63) Vgl. BSGE 37, 138 (141); strittig ist, ob ein Blindenführhund Hilfsmittel ist; bejahend: Peters, § 182 b RVO, Anm. 4, Brackmann, S. 386 n; verneinend: BSGE 45, 133

64) Vgl. Mroczynski, a.a.O.

meine Gegenstände des täglichen Lebens", wie z. B. Wärme-
flaschen⁶⁵⁾, den Leistungstatbestand von vornherein nicht
erfüllen.

c) Das Ausmaß des Anspruchs auf Sachleistungen in sachen-
rechtlicher Hinsicht

Das Leistungsrecht der GKV läßt offen, wieweit der Anspruch
des Versicherten auf eine Sachleistung in dinglicher Hinsicht
reicht, eine Frage, die in einer Zeit allgemeiner Kosten-
dämpfungsbemühungen im Gesundheitswesen, besonders aber in
der GKV, aktueller denn je ist. Die Frage, ob Eigentumsver-
schaffung (§ 929 BGB) erforderlich ist oder Nutzungsgewährung
und damit bloße Besitzeinräumung (§ 854 BGB) genügt, stellt sich
im Zusammenhang mit nicht verbrauchbaren Sachleistungen ein-
schließlich der Implantate.

aa) Nicht verbrauchbare Sachleistungen

Insoweit ist eine bloße Nutzungsüberlassung nicht nur mög-
lich, sie muß vielmehr im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut
("Versorgung mit ..."; Ausstattung mit ...) auf das "Maß des
Notwendigen" (§ 182 Abs. 2 RVO; § 13 Abs. 2 KVLG¹) sowie unter
dem Blickwinkel sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsfüh-
rung (IV § 69 Abs. 2 SGB) genügen⁶⁶⁾. Allerdings setzt die

65) Vgl. Amtl. Begr. zu Art. 1 Nr. 4 KVEG; BR-Drs. 366/81,
S. 12

66) Vgl. Peters, a.a.O., § 182, Anm. 6 c (S. 17/293); Heinze,
a.a.O., § 182, Anm. 10 (S. 112/17); Behrends, DOK 1978,
S. 181 ff.

bloße Besitzzeineinräumung eine entsprechende Erklärung der Krankenkasse voraus, denn normalerweise darf der Versicherte nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) vom Eigentumserwerb ausgehen⁶⁷⁾. Heinze will demzufolge der Krankenkasse das Recht einräumen, vom Institut des Eigentumsvorbehalts Gebrauch zu machen. Gegen diesen Weg hat jedoch Behrends überzeugend eingewandt, daß die Krankenkassen hierdurch die ihr obliegenden, aus der sozialen Ausgleichsfunktion der GKV herrührenden "Schutzpflichten" dem Versicherten gegenüber unterlaufen würden, angesichts dieser öffentlich-rechtlichen Bindung mithin die Nichtübertragung des Eigentums auf den Versicherten "objektiv unangemessen und damit willkürlich" sei⁶⁸⁾. Er schlägt stattdessen vor, dem Versicherten das Eigentum an medizinisch und hygienisch wiederverwendungsfähigen Sachleistungsgegenständen, wie z. B. an Krankenfahrrädern, Gehstöcken, Hörgeräten, lediglich unter der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) des Ablebens des Begünstigten, des tatsächlichen Nichtgebrauchs und des Ablaufs des Versicherungsfalls zu übertragen. Dieser Lösungsweg erscheint in der Tat sachgerecht zu sein, in den fraglichen Fällen den Konflikt zwischen den Wirtschaftlichkeitsbelangen der Krankenkassen und der sozialen Ausgleichsfunktion der GKV interessengerecht zu lösen. Allerdings bedarf es zur Herbeiführung der genannten Rechtsfolgen einer entsprechenden Willenserklärung der Krankenkasse bei der Übereignung. Da diese in der Regel durch den jeweiligen Kassenlieferanten erfolgt, andererseits aber das Eigentum bei Eintritt der

67) Vgl. Heinze, a.a.O., Behrends, a.a.O., S. 184

68) Vgl. Behrends, a.a.O., S. 185 m. w. N.

auflösenden Bedingung nicht an ihn, sondern an die Kasse fallen soll, ist Voraussetzung hierzu, daß er im Belieferungsvertrag zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung verpflichtet wird⁶⁹⁾.

bb) Implantate

Von vorneherein anders stellt sich die Rechtslage im Fall von fest mit dem Körper verbundenen Werkstoffen (z. B. Zahngold) und künstlichen Implantaten, wie z. B. Herzschrittmachern oder künstlichen Hüftgelenken, dar. Gerade wegen des meist hohen Werts solcher Gegenstände stellt sich hier die ökonomische Frage der Wiederverwendung, etwa nach Austausch eines von der Krankenkasse gewährten Herzschrittmachers⁷⁰⁾. Indes ist das rechtliche Schicksal dieser Gegenstände eindeutig: Implantate und andere mit dem Körper fest verbundene Stoffe sind Teil des unveräußerlichen Persönlichkeitsrechts ihres Trägers und können daher nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein⁷¹⁾. Bei Abtrennung, etwa beim Austausch, erhalten sie zwar in entsprechender Anwendung des § 953 BGB ihre Sachqualität zurück⁷²⁾, werden jedoch, da frühere dingliche Rechte jedenfalls mit der Einpflanzung untergegangen sind, originäres Eigentum ihres bisherigen Trägers⁷³⁾. Daher scheiden Konstruktionen, wie sie im Fall der nicht verbrauchbaren Krankenpflegeartikel erörtert werden, um das Eigentum (wieder) an die Krankenkasse fallen zu lassen, hier aus. Ebenso wenig könnte eine - an sich

69) Vgl. a.a.O., S. 188 m. w. N.

70) Behrends (a.a.O., Anm. 6a.) zufolge kostet ein Herzschrittmacher zwischen 4000 und 15000 DM

71) Vgl. Heinrichs in Palandt, § 90 BGB, Anm. 2; Dilcher in Staudinger, § 90 BGB, Anm. 17

72) Vgl. a.a.O.

73) Vgl. Heinrichs, a.a.O.; Baur in Soergel/Siebert, § 90 BGB, Anm. 4; Dilcher, a.a.O., Anm. 18

mögliche⁷⁴⁾-schuldrechtliche Verpflichtung der Krankenkasse zum Eigentum an dem ausgetauschten Implantat verhelfen. Denn der Versicherte braucht sich auf ein solches Rechtsgeschäft weder nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen einzulassen noch wäre er dazu - mangels ausreichender Rechtsgrundlage - speziell krankenversicherungsrechtlich verpflichtet⁷⁵⁾. Zutreffend geht denn auch § 182 c Abs. 2 RVO (§ 16 Abs. 1 Satz 3 KVLG)⁷⁶⁾ davon aus, daß (Alt-)Zahngold, das durch Neuanfertigung von Zahnersatz entbehrlich wird, (zunächst) in das Eigentum des Versicherten fällt, der es dann seinerseits zur Minderung seines Kostenanteils rechtsgeschäftlich auf den Zahnarzt übertragen kann. An der genannten Ausgangssituation scheitert letztlich aber auch regelmäßig die Wiederverwendung von Implantaten durch die Krankenkasse nach dem Tode des versicherten Trägers. Namentlich ein hierfür vorauszusetzendes Abtrennungsrecht steht der Krankenkasse nicht zu und wäre auch mit dem an der Leiche fortwirkenden Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar.

3. Unbenannte Dienst- und Sachleistungen

Wie bereits mehrfach erwähnt, wurde der ehemals geschlossene Katalog der Krankenpflegeleistungen durch das "Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation" vom 7. August 1974⁷⁷⁾ geöffnet. Den Versicherten sollen so auch von der medizinischen Wissenschaft möglich gemachte, aber den benannten Leistungstatbeständen nicht zurechenbare Lei-

74) Vgl. Dilcher, a.a.O., Anm. 17

75) Vgl. Behrends, a.a.O., S. 189

76) jeweils i.d.F. des KVEG

77) BGBl I S. 1881

stungen zugutekommen, ohne daß es einer Gesetzesänderung bedarf⁷⁸⁾. Ein ebenso unbestimmter Leistungstatbestand findet sich bei den ergänzenden Leistungen, (§ 193 Nr. 2 RVO, § 21 a Nr. 2 KVLG). Freilich stehen auch die genannten Leistungstatbestände unter den allgemeinen Leistungsvorbehalten der GKV: Leistungen hiernach können nur im Rahmen des versicherten Risikos und nur nach Maßgabe des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG), bzw. als unbenannte ergänzende Leistung nach § 193 Nr. 2 RVO, § 21 a Nr. 2 KVLG nur gewährt werden, wenn sie unter Berücksichtigung von Art oder Schwere der Behinderung erforderlich sind, um das Ziel der (medizinischen) Rehabilitation zu erreichen. Im einzelnen kann es sich hierbei um eine Dienst- oder um eine Sachleistung handeln. Zwar müssen solche Maßnahmen ausscheiden, deren therapeutischer Wert unbewiesen und fragwürdig ist. Andererseits kommen nicht nur von der medizinischen Wissenschaft bereits allgemein anerkannte Behandlungsmaßnahmen in Betracht, sondern auch solche, die sich gewissermaßen noch in der Testphase befinden, aber schon nachweisbare Erfolge aufzuweisen haben. So hält das BSG⁷⁹⁾ unter Berufung auf den erklärten Willen des Gesetzgebers, dem Anspruchsberechtigten jede denkbare Hilfe zur Erreichung des Heilbehandlungszwecks zuteil werden zu lassen, die Gewährung

78) Vgl. Brackmann, S. 384 g I; Peters a.a.O., § 182 RVO, Anm. 3 a (S. 17/263-3-); zurückhaltend: Heinze, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 6 (S. 112/2), der zwar ohne Tätigwerden des Gesetzgebers eine Erweiterung oder Ergänzung im Rahmen der jeweiligen (benannten) Leistungsgruppen, nicht aber eine Ergänzung der Leistungsgruppen selbst für zulässig hält

79) Urteil vom 7.11.1979, ArztR 1981, S. 146

einer der gezielten Krankheitsbekämpfung dienenden Reittherapie für möglich, auch wenn deren therapeutischer Nutzen schulmedizinisch noch nicht allgemein anerkannt ist. Aber nicht nur rein medizinische Maßnahmen kommen im Rahmen der genannten unbenannten Leistungstatbestände in Frage. So hat das BSG⁸⁰⁾ etwa die Schulung der Mutter eines spastisch gelähmten Kindes zur Durchführung häuslicher Übungsbehandlungen als ergänzende Leistung für möglich gehalten, ohne indes diese Frage im konkreten Fall abschließend zu entscheiden. Insgesamt gesehen können die unbenannten Leistungstatbestände im Rahmen der Krankenhilfe freilich nicht als bequeme Auffangtatbestände für solche Maßnahmen angesehen werden, die es ermöglichen, entgegen grundsätzlichen Wertungen des Rechts der GKV hierauf eine Leistungspflicht zur Krankenkasse zu begründen⁸¹⁾. Aus diesem Grunde können z. B. psychotherapeutische Leistungen durch Nichtärzte nicht als unbenannte Krankenpflegeleistung erbracht werden, da andernfalls der Arztvorbehalt des § 122 Abs. 1 Satz 1 RVO umgangen würde⁸²⁾.

III. Besondere Leistungsvorbehalte bei Inanspruchnahme nicht-ärztlicher Dienst- und Sachleistungen

Die Initiative zur Inanspruchnahme von Leistungen der GKV geht in der Regel vom Versicherten aus. Dem entspricht, daß Leistungen der GKV durchwegs auf Antrag gewährt werden⁸³⁾ (§ 1545 Abs. 1 Nr. 2 RVO). Im Idealfall löst der Versicherte

80) Vgl. BSGE 46, 299

81) ähnlich: Heinze, a.a.O.

82) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B III 2 c) aa) (S. 77 ff.)

83) Vgl. Heinze, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 2 a. E. (S. 108)

einen Krankenschein (§ 188 RVO, § 15 KVLG), ehe er sich in ärztliche oder zahnärztliche Behandlung begibt. Der Krankenschein weist dabei die Befugnis des Versicherten zur Inanspruchnahme ärztlicher oder zahnärztlicher Behandlung zu Lasten der Krankenkasse aus⁸⁴⁾. Die ärztliche bzw. zahnärztliche Behandlung als Kernstück der kassenärztlichen Versorgung ist andererseits, wie § 368 Abs. 2 RVO zeigt, Grundlage und Ansatz für die Gewährung nichtärztlicher Leistungen. Es fragt sich daher, wie die Gewährung dieser Leistungen vor sich geht. Letztendlich geht es dabei um die Frage der Steuerbarkeit und der Kontrollierbarkeit der Inanspruchnahme nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen.

1. Die Bewilligung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen kraft ärztlicher Verordnung

Die h. M.⁸⁵⁾ geht für die Inanspruchnahme nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen im Rahmen der Krankenhilfe jedenfalls im Grundsatz von dem Erfordernis voreriger ärztlicher Verordnung aus. Die ärztliche Verordnung hat den Zweck, die "Notwendigkeit" der (konkret verordneten) nichtärztlichen Leistung fachlich zu attestieren⁸⁶⁾; sie soll so die Krankenkasse letztlich vor dem Aufwand für objektiv nicht notwendige Leistungen bewahren.

84) Vgl. Heinze, a.a.O., § 188 RVO, Anm. 1

85) Vgl. Heinze, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 12 (S. 112/17); Peters, a.a.O., § 368 RVO, Anm. 10 d (S. 17/1497 f.); Heinemann-Liebold, § 368 RVO, Anm. 19 (C 43); Schede/Güntz, AM 1962, S. 327; Schimmelpfeng-Schütte, SGB 1980, S. 379 (382); BSGE 19, 270; BSG vom 1.6.1977, HJW 1977, S. 605 (606)

86) Vgl. Peters, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 3 a (S. 17/264) und § 368 RVO, Anm. 10 d (S. 14/1497 f.); RVA, EuM 25, 31C; RVAGE 3690, AN 1930, S. 163

a) Gesetzliche Verordnungsvorbehalte

Das geltende Recht schreibt nur in zwei Fällen die ärztliche Verordnung nichtärztlicher Leistungen ausdrücklich vor: Das Krankenversicherungsrecht setzt einmal hinsichtlich der Förderung von Behindertensport zwingend voraus, daß er "ärztlich verordnet" ist und zudem in Gruppen unter "ärztlicher Betreuung ausgeübt wird" (§ 193 Nr. 1 RVO, § 21 a KVLG). Mit der Unterstellung des Behindertensports unter ärztliche Gesamtleitung soll offensichtlich gewährleistet werden, daß diese Rehabilitationsmaßnahme nicht um des Sports willen, sondern zweckentsprechend eingesetzt wird⁸⁷⁾. Zum anderen schreibt das Arzneimittelgesetz in den §§ 49 f. i.V. mit § 43 vor, daß bestimmte (sog. "verschreibungspflichtige") Arzneimittel nur auf ärztliche, zahnärztliche (oder tierärztliche) Verschreibung von den Apotheken abgegeben werden dürfen. Während die Arztabhängigkeit der Leistung im ersten Fall krankenversicherungsspezifischer Art ist, steht hinter dem Verschreibungsvorbehalt für die genannten, regelmäßig hochwirksamen und nicht ungefährlichen Arzneimittel ein allgemein-gesundheitspolitisches Interesse: Sichergestellt werden soll damit die ärztliche, zahnärztliche (oder tierärztliche) Kontrolle ihrer Anwendung (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) AMG). Der arzneimittelrechtliche Verschreibungsvorbehalt gilt daher generell und ist dem Recht der GKV vorgegeben.

b) Alleinbefugnis der Kassenärzte zur Verordnung nichtärztlicher Leistungen?

Was den erwähnten Grundsatz ärztlicher Ordnungsbedürftigkeit nichtärztlicher Leistungen betrifft, so ist umstritten, ob die Verordnung zur Begründung der Leistungspflicht von einem Kassenarzt ausgehen muß⁸⁸⁾ oder ob sie auch von einem Privat-

87) Vgl. Mrozynski, a.a.O., S. 65

88) so etwa BSGE 19, 270, Heinze, a.a.O.; Schimmelpfeng-Schütte, a.a.O.

arzt ausgehen kann⁸⁹⁾. Nach der ersten, insbesondere von der Rechtsprechung verfochtenen Ansicht, stehen zwar die im Recht der GKV vorgesehenen ärztlichen und nichtärztlichen Leistungen selbständig nebeneinander, allein die Verordnung eines Kassenarztes (§ 368 a Abs. 1 RVO) vermag jedoch den Anspruch des Versicherten auf eine nichtärztliche Leistung zu beweisen⁹⁰⁾. Dies folge aus dessen spezifischen kassenarztrechtlichen Bindungen, namentlich an das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 368 e Satz 2 RVO und hat zur Konsequenz, daß die Krankenkasse im Verhältnis zum Versicherten eine kassenärztliche Verordnung unwiderleglich gegen sich geltenlassen muß⁹¹⁾. Ist die kassenärztliche Verordnung objektiv unrichtig und entsteht der Krankenkasse dadurch Schaden, so kann die Krankenkasse über die Kassenärztliche Vereinigung bei dem verantwortlichen Kassenarzt Rückgriff nehmen⁹²⁾. Lehnt umgekehrt der Kassenarzt die Verordnung einer vom Versicherten begehrten nichtärztlichen Leistung ab, so ist die Krankenkasse im Interesse "gleichförmiger" Verhaltensweise gegenüber dem Versicherten und zur Wahrung des Vertrauensverhältnisses zwischen Kassenarzt und versicherten Patient⁹³⁾ hiervon ebenfalls - nun aber gegenüber dem Kassenarzt - gebunden, denn sie darf die Leistung nachträglich nicht bewirken (§ 368 e Satz 2, 2. Halbs. RVO). Der Kassenarzt kann nach dieser Ansicht zwar privatärztlich behandeln und mit verbindlicher Wirkung für

89) so etwa Kühne, ArbVers. 1930, S. 18; Peters, a.a.O.; ders., SGB 1965, S. 257; Heinemann-Liebold, a.a.O., Anm. 16 (C 38) und wohl auch Zacher, Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 46 f.

90) Vgl. RVA, AN 1931, S. IV 7 f.; zust. Fuisting, KV 1931, S. 6; BSGE 19, 270 (272 ff.)

91) Vgl. RVA, EuM 25, 318; RVAGE 3690, AN 1930, S. 163

92) Vgl. Peters, a.a.O., sowie § 34 Abs. 1 Buchst. d, § 35 BMV/Ä

93) Vgl. Peters, a.a.O., § 368 e RVO, Anm. 5 (S. 17/1624)

die Kasse auf Kassenrezept nichtärztliche Leistungen verordnen⁹⁴⁾. Nicht jedoch kann die Verordnung eines Privatarztes für die Kasse bindend sein, es sei denn, sie wurde von ihm aus Anlaß einer Notfallbehandlung i. S. des § 368 d Abs. 1 Satz 2 RVO ausgestellt⁹⁵⁾. Der genannten Ansicht zufolge ist sonach der Versicherte in der Regel auf einen Kassenarzt verwiesen, dem dementsprechend - von privatärztlichen Notfallbehandlungen einmal abgesehen - die entscheidende Steuerungsrolle für die individuelle Nachfrage nach nichtärztlichen Leistungen zugewiesen ist. Dies ist gewiß von Vorteil, da Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit der Leistung zwischen Kassenarzt und Krankenkasse nicht auf dem Rücken des Versicherten ausge tragen werden können. Zu erreichen ist dieses Ergebnis, wie gesagt, aber nur, wenn Maßstäbe des Kassenarztrechts, das ja dem Leistungserfüllungsrecht zugehört, in das schuldrechtliche Leistungsgrundverhältnis transformiert werden. Gerade das aber wird - rechtssystematisch zutreffend - von der Gegenmeinung⁹⁶⁾ abgelehnt. Da, wie gesagt, die ärztlichen und die nichtärztlichen Leistungen selbständig nebeneinander stehen⁹⁷⁾, andererseits das in den §§ 179 ff. RVO (§§ 7 ff. KVLG) fixierte Leistungsschuldrecht der GKV keine diesbezügliche Festlegung des Versicherten gerade auf den Kassenarzt enthält, kann mit dieser Meinung nicht davon ausgegangen werden, daß gerade die Vorschaltung eines Kassenarztes und die von ihm erlangte Verordnung konstitutive Wirkung für den Anspruch des Versicherten auf nichtärztliche Leistungen hat. Daß die Gegenmeinung die zutreffende ist, wird auch durch den Umkehrschluß aus § 368 e Satz 2, 2. Halbsatz RVO bestätigt, denn danach ist es der Krankenkasse nicht verwehrt, eine (nichtärztliche) Leistung zu bewilligen, wenn ein Kassenarzt überhaupt nicht vorgeschaltet

94) Vgl. BSGE 34, 248/249 f.

95) Vgl. BSGE 19, 270 (274)

96) Vgl. die Nachweise in Fn. 89 (S. 107)

97) dies hat bereits Kühne, a.a.O., S. 21 hervorgehoben

war. Auch daran zeigt sich, daß jedenfalls hinsichtlich der Bewilligung nichtärztlicher Leistungen "keine Totalablösung der Zuständigkeit der Versicherungsträger durch die Kassenärztlichen Vereinigungen" erfolgt ist⁹⁸⁾ und damit von einer "Einehe"⁹⁹⁾ zwischen Krankenkassen und Kassenärzten nicht die Rede sein kann. Weder haben nach alledem die Kassenärzte zur Erlangung nichtärztlicher Leistungen einen Vorschaltungsanspruch¹⁰⁰⁾, noch ist umgekehrt allein die Verordnung eines Kassenarztes, mag er auch privatärztlich behandeln, oder die Notfallverordnung eines Privatarztes zur Begründung des Anspruchs auf nichtärztliche Leistungen konstituierend.

2. Zur Frage der Inanspruchnahme nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen ohne ärztliche Mitwirkung

Wenn, wie eben gesagt, hinsichtlich der Bewilligung nichtärztlicher Leistungen eine Totalablösung der Krankenkassen durch das Kassenarztsystem nicht stattgefunden hat, dann ist es denkbar, daß dem Versicherten ein Anspruch auf solche Leistungen auch "ohne ärztliche Mitwirkung oder ohne Mitwirkung eines Kassenarztes, eines Beteiligten oder Notfallarztes"¹⁰¹⁾ zustehen kann, jedenfalls soweit das geltende Recht nicht ausdrücklich einen Verordnungsvorbehalt des Arztes vorsieht. Es stellt sich dann die Alternative, daß die Kasse entweder selbst über den Leistungsanspruch befindet oder anderweitig, etwa durch vertragliche Abrede mit den nichtärztlichen Leistungserbringern sicherstellt, daß diese über den Anspruch mit bindender Wirkung für die Kasse entscheiden können. Dem Versicherten würde dies ermöglichen, sich unmittelbar an einen nichtärztlichen Leistungserbringer zu wenden, wie dies etwa bei der im Rahmen der Mutterschaftshilfe vorgesehenen Leistung von Hebammenhilfe durch

98) Peters, a.a.O., § 182 RVO, Anm. 3 a (S. 17/263)

99) Zacher, Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 18

100) Peters, a.a.O., § 368 RVO, Anm. 10 d (S. 17/1497)

101) Peters, a.a.O.

niedergelassene Hebammen (§ 195 Nr. 1 RVO, § 22 Nr. 1 KVLG) immanent ist¹⁰²⁾. Zur Feststellung, in welchen Fällen die direkte Inanspruchnahme nichtärztlicher Leistungen zu Lasten der Kasse möglich ist, kommt es maßgeblich auf zwei Fixpunkte an. Der eine ist der, daß die nichtärztliche Leistung nicht notwendig so mit einer Heilbehandlung verknüpft ist, daß sie kurierrechtlich dem Arzt vorbehalten ist. Der andere ist das berechtigte Interesse der Krankenkasse daran, die Inanspruchnahme der nichtärztlichen Leistung hinsichtlich des Ausreichenden und Zweckmäßigen sowie hinsichtlich des Maßes des Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG) "unter Kontrolle" zu halten.

a) Die Regel: Nichtärztliche Leistungen als Teil der dem Arzt vorbehaltenen Heilbehandlung

In Bezug auf den ersten Fixpunkt ist zunächst festzuhalten, daß die im Rahmen der Krankenpflege vorgesehenen ärztlichen Leistungen primär einen medizinischen Zweck erfüllen sollen. Ob es sich um Arzneimittel, um Hilfsmittel, um häusliche Krankenpflege oder um eine andere nichtärztliche Leistung der Krankenpflege handelt, stets steht eine solche Leistung irgendwie im therapeutischen Verbund, indem sie mit der ärztlichen Behandlung einhergehend, sie unterstützend oder ergänzend eine dienende Funktion für die anzustrebende medizinisch mögliche gesundheitliche Wiederherstellung hat. Demgegenüber steht etwa bei der Haushaltshilfe (§ 185 b RVO) ersichtlich ein sozialpflegerischer Zweck im Vordergrund¹⁰³⁾, wenngleich leistungs- auslösend auch hier medizinische Sachverhalte sind. Wo eine

102) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 50 m.w.N.

103) Zwar ist die Haushaltshilfe gesetzessystematisch eine Leistung der Krankenhilfe, nicht aber der Krankenpflege, sondern hat den Charakter einer selbständigen Regelleistung (vgl. Heinze, a.a.O., § 185 b RVO, Anm. 2). Im Unterschied dazu ist die an sich vergleichbare landwirtschaftliche Betriebs- und Haushaltshilfe (§ 34 KVLG) nicht einmal eine Leistung der Krankenhilfe, sondern ist vollends selbständig (vgl. § 7 Nrn. 2, 6 KVLG).

nichtärztliche Leistung der Krankenpflege in Frage steht, muß sie jeweils nach dem individuell vorliegenden Krankheitsbild indiziert sein. Dies setzt nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft prinzipiell eine gründliche, häufig viel Aufwand erfordernde diagnostische Abklärung voraus¹⁰⁴). Erst wenn das konkrete Krankheitsbild feststeht, kann die Auswahl und die Koordination der notwendigen Heilmaßnahmen erfolgen, denn eine (falsche) Therapie unter falschen Voraussetzungen angewandt, wäre nicht nur nicht notwendig, sie kann auch fatale Folgen für die Gesundheit des Patienten haben. Diagnostische Grundmaßnahmen als Basis für weitere therapeutische Schritte erfordern medizinwissenschaftliche Fachkenntnisse und sind daher im Hinblick auf § 1 Abs. 2 HPG und auf § 1 Abs. 2 ZHKG heilkundlicher Natur und fallen somit kurierrechtlich in die Generalkompetenz der insoweit befugten Heilbehandler, namentlich der Ärzte und Zahnärzte. Hinzukommt, daß die Naturalleistungen der GKV in unbedenklicher, die Grundrechte des Versicherten auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG achtender Form zu gewähren sind¹⁰⁵), ein Gebot, das auch krankenversicherungsrechtlich im § 132 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Leistungen der Krankenpflege eben ausreichend, zweckmäßig und notwendig sein müssen. Eine weder kompetente noch befugte Person kann und darf demnach über die Notwendigkeit einer therapeutischen Maßnahme - jedenfalls im Grundsatz - nicht befinden. Als kompetent und befugt hierzu anzusehen sind im Rahmen der GKV ganz generell Ärzte, Zahnärzte und partiell die ihnen gleichgestellten Heilbehandler (z. B. Dentisten). Nichtärztliche Leistungserbringer können eine derartige Feststellungszuständigkeit demgegenüber für sich nicht in Anspruch nehmen. Selbst wenn man davon ausgeht, daß ihnen berufsrechtlich bestimmte heilkundliche Kompetenzen zustehen¹⁰⁶), so beschränken sich diese doch allein auf die Erbringung medizinisch indizierter, ihrem jeweiligen Berufsfeld zugehöriger (therapeutischer) Verrichtungen

104) Vgl. Silomon, a.a.O., S. 82 ff., 161 ff.; Weinschenk, DABl 1979, S. 225 (228 f.)

105) Vgl. Meydam, BKK 1978, S. 331 (335)

106) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 3 b) (S. 46 ff.)

erstrecken sich jedoch im Hinblick auf die in der Regel vorauszusetzenden diagnostischen Grundmaßnahmen nicht auf deren Auswahl. Aus den genannten kurierrechtlichen und leistungsökonomischen Gründen kann daher im Regelfall nichtärztlichen Leistungserbringern im Rahmen der GKV die Feststellung der Leistungsnotwendigkeit nicht überlassen bleiben, mag es sich auch im Ergebnis um eine von ihnen erbringbare nichtärztliche Leistung handeln. Das bestätigt den Grundsatz, daß die unmittelbare Inanspruchnahme eines nichtärztlichen Leistungserbringers eine Naturalleistungspflicht der Krankenkasse nicht auszulösen vermag. Vielmehr kommt es im Regelfall immer auf das Urteil eines Arztes, Zahnarztes und allenfalls noch eines gleichgestellten Heilbehandlers an.

b) Ausnahmen von der Regel

Zwar ist in der Praxis die Verordnung nichtärztlicher Leistungen durch einen (Kassen)Arzt ohnehin die Regel, allein von einer rechtlichen Universalgeltung des Prinzips "Arztabhängigkeit nichtärztlicher Leistungen" kann nicht die Rede sein, wie Zacher exemplarisch am Beispiel der Brillenversorgung nachgewiesen hat¹⁰⁷⁾. Wo es zur Notwendigkeitsfeststellung einerseits eines medizinwissenschaftliche Fachkenntnisse voraussetzenden und damit heilkundlichen Tuns nicht bedarf, andererseits aber auch ein Fehlurteil im Hinblick auf die Anforderungen des § 132 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) nicht zu befürchten steht, wenn ein nichtärztlicher Leistungserbringer unmittelbar tätig wird, kann am Erfordernis der Vorschaltung eines Arztes nicht festgehalten werden. Der Fall ist dies zunächst im Fall der Brillenversorgung, der die Refraktionierung (Sehschärfenbestimmung) vorauszugeben hat. Fehlsichtigkeit beruht regelmäßig auf einer physikalisch-optischen Normalweichung des Sehvermögens¹⁰⁸⁾; Fälle, in denen dies auf organische Ursachen zurückzuführen ist, sind "äußerst gering"¹⁰⁹⁾. Ist damit subjektives Empfinden

107) Zacher, a.a.O., S. 49 ff.

108) Vgl. BVerwGE 23, 140 (145)

109) a.a.O., S. 14f

(Veränderung des Sehvermögens) und objektives Krankheitsbild (Fehlsichtigkeit) so gut wie identisch, bedarf es einer (differential-)diagnostischen Abklärung durch kurierrechtlich insoweit Befugte nicht. Es genügt vielmehr die Durchführung eines physikalischen Meßverfahrens, zu dem - neben dem (Augen-)Arzt der Augenoptiker aufgrund seiner Berufsausbildung sowohl befähigt¹¹⁰⁾ als auch befugt ist¹¹¹⁾. Ist sonach der Augenoptiker zur Refraktionsbestimmung zugelassen und bestehen dazu nach Sachlage auch im Hinblick auf die krankenversicherungsrechtlichen Qualitätsanforderungen keine Bedenken, dann ist kein sachlich gerechtfertigter Grund vorhanden, den Versicherten zum Zwecke der Brillenbeschaffung auf eine entsprechende vorherige (kassen)ärztliche Verordnung festzulegen¹¹²⁾. Dies würde nicht nur kollidieren mit dem Grundrecht des Versicherten auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), seinem Recht auf "passive Kurierfreiheit" als Ausfluß seines Grundrechts auf körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)¹¹³⁾ und seinem Recht "auf sachgemäße Gleichheit mit den Nichtversicherten"¹¹⁴⁾, sondern bedeutete auch für die betroffenen nichtärztlichen Leistungserbringer angesichts der Wertungen des Bundesverfassungsgerichts im Kassenarzt- und im Kassenzahnarztbeschluß¹¹⁵⁾ eine ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG widersprechende unverhältnismäßige und in sich widersprüchliche Belastung¹¹⁶⁾. Dem Versicherten muß es damit letztlich freistehen, ob er sich zur Erlangung einer Brille zum Aus-

110) Vgl. § 1 Nr. 1 der VO über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk vom 16.10.1969, BGBl I S. 1882

111) Vgl. BVerwG, a.a.O.; BGH, NJW 1972, S. 1132 und oben Abschnitt B I 3 a) (S. 43 ff.)

112) ebenso BSCE 36, 146; das Urteil äußert sich angesichts des begrenzten Streitgegenstandes allerdings nur zur Frage der Ersatzbrillenbeschaffung (ohne vorherige ärztliche Verordnung)

113) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 131 f.

114) a.a.O., S. 133

115) BVerfGE 11, 30 ff.; 12, 144 ff.

116) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 142 ff.

gleich einer Fehlsichtigkeit zunächst an einen Kassenarzt wendet, ob er bei seiner Krankenkasse um Bewilligung nachsucht oder ob er direkt einen entsprechend zur Kassenbelieferung zugelassenen Augenoptiker seiner Wahl angeht¹¹⁷⁾. Was nun aber für die Sehschärfenbestimmung durch Augenoptiker gilt, kann für vergleichbare Tätigkeiten im Bereich des Gesundheitshandwerks nicht anders beurteilt werden. Auch die Messung der Hörgrenze mittels eines Audiometers zur Anpassung eines Hörgeräts ist eine handwerklich-technische Verrichtung der Hörgeräte-Akustiker, zu der dieser kraft Berufsbildes befähigt¹¹⁸⁾ und befugt¹¹⁹⁾ ist. Gleiches muß schließlich für das Anpassen orthopädischer Apparate, Schuhe oder Einlagen durch Orthopädiemechaniker¹²⁰⁾ bzw. durch Orthopädieschuhmacher gelten. In all diesen Fällen zeigt sich die Gemeinsamkeit, daß die fraglichen Maßnahmen körperlichen Behinderungen gelten, die weder geheilt noch gelindert werden können. Vielmehr hat das anzuwendende sächliche Mittel eine reine Ausgleichsfunktion, weshalb es sich dabei jeweils um ein Hilfsmittel handelt. Damit ist aber die zur Brillenversorgung gemachte Aussage letztlich dahin verallgemeinerungsfähig, daß die Hilfsmittelversorgung der große Ausnahmebereich ist, in dem die Krankenkassen zur Leistungsgewährung nicht a priori auf der Vorschaltung eines Kassenarztes und damit auf der Vorlage einer kassenärztlichen Verordnung bestehen dürfen. Erst recht ist schließlich eine Ausnahme bei jenen Leistungen anzuerkennen, die ihrem Wesen nach eine medizinische Indikation nicht voraussetzen. Da dies bei der Haushaltshilfe (§ 185 b RVO) und der landwirtschaftlichen Betriebs- und Haushaltshilfe (§ 34 KVLG) der Fall ist, bedarf es demzufolge hierfür ebenfalls nicht der Vorschaltung eines Arztes.

117) Vgl. a.a.O., S. 135 ff.

118) Vgl. § 1 Abs. 1 der VO über die Berufsausbildung zum Hörgeräteakustiker/zur Hörgeräteakustikerin vom 17.5.1982, BGBl I S. 626

119) Vgl. BVerwGE 23, 140 (141, 145)

120) Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 der VO über das Berufsbild und über die Anforderungen in der Meisterprüfung für das Orthopädiemechaniker-Handwerk vom 3.2.1972, BGBl I S. 113; ferner: Gillhausen, a.a.O., S. 64

3. Die Bewilligung nichtärztlicher Leistungen ohne kassenärztliche Verordnung

Die Möglichkeit für den Versicherten, bestimmte nichtärztliche Leistungen ohne Vorschaltung eines Kassenarztes, ja sogar ohne jede ärztliche Mitwirkung in Anspruch zu nehmen, leitet nun zu dem zweiten bereits angedeuteten Fixpunkt über, nämlich, wie die Leistungsgewährung in diesem Fall rechtlich und praktisch vor sich gehen kann. Die Entscheidung eines Kassenarztes über die Erlangung nichtärztlicher Leistungen ist, wie schon gesagt, für die Kasse so oder so bindend: Verordnet er, ist dies für die Kasse im Verhältnis zum Versicherten ebenso bindend, wie seine Ablehnung einer von diesem gewünschten nicht-ärztlichen Leistung (§ 368 e Satz 2, 2. Halbsatz RVO). Das legitime Interesse der Kasse vor ungerechtfertigter Leistungsanspruchnahme ist hier dadurch gewahrt, daß die Kasse im Fall nicht notwendiger Verordnung, wie schon gesagt, den Kassenarzt über die Kassenärztliche Vereinigung in Regreß nehmen kann. In den in Rede stehenden Fällen, in denen es an einer solchen Bindung fehlt, muß die Krankenkasse die Leistungsgewährung selbst steuern und kontrollieren, um Schaden aus unberechtigten Leistungsbegehren abwenden zu können. Geeigneter Ansatzpunkt hierfür ist der bei der verpflichteten Krankenkasse zu stellende Leistungsantrag (§ 1545 Abs. 1 Nr. 2, § 1551 Abs. 1 RVO, § 78 Abs. 1 KVLG). Er versetzt die Kasse in die Lage, das konkrete Leistungsbegehren auf seine materielle Berechtigung zu prüfen mit dem Ziel der formellen Genehmigung oder Versagung der Leistung.

a) Genehmigungsvorbehalte

Als Ausprägung¹²¹⁾ des Antragsgrundsatzes hat sich in der Verwaltungspraxis der Krankenkassen der vulgo als "Abstempeln"¹²²⁾

121) Vgl. Musculus, DOK 1963, S. 666 (667)

122) Vgl. Musculus, a.a.O., S. 666; Krengel, ArbVers. 1936, S. 34

bekannte sog. "Genehmigungsvorbehalt" eingebürgert. Er ist gewissermaßen ein administratives Mittel "schlichter"¹²³⁾ Leistungsgewährung, die das förmliche Verwaltungsverfahren, an dessen Ende ein Verwaltungsakt (Bewilligungsbescheid) steht, in der Kassenpraxis weitgehend verdrängt hat. Mit der Genehmigung anerkennt die Krankenkasse zum einen den Naturalleistungsanspruch des Versicherten im konkreten Fall und sichert zum andern dem von diesem in Anspruch genommenen Leistungserbringer die Übernahme der Kosten für die verschaffte Leistung zu; ihm gegenüber handelt es sich um ein Schuldversprechen (§ 780 BGB). Anfänglich waren Genehmigungsvorbehalte in den nach § 347 RVO erlassenen Krankenordnungen der Kassen ganz generell vorgesehen; sie hatten primär die Kontrolle kassenärztlicher Verordnungen von Heil- und Hilfsmitteln sowie von Brillen zum Ziel. Insoweit ist den Genehmigungsvorbehalten jedoch der Boden entzogen, nachdem das RVA¹²⁴⁾ im Jahre 1937 entschieden hat, daß eine Krankenkasse die Gewährung kassenärztlich verordneter Heilmittel nicht deswegen verweigern darf, weil ihr die Verordnung (im konkreten Fall: einer Brille) vor Beschaffung nicht zur Genehmigung vorgelegt worden ist. Dem ist prinzipiell zuzustimmen, denn (worauf das RVA sich primär gestützt hat und wie bereits an anderer Stelle¹²⁵⁾ ausgeführt wurde) angesichts der durch Regreßrechte sanktionierten Pflicht des Kassenarztes zu wirtschaftlicher Ordnungsweise (§ 368 e Satz 2 RVO) besteht grundsätzlich kein schutzwürdiges Bedürfnis der Krankenkassen an einem zusätzlichen Genehmigungsvorbehalt. Nach wie vor am Platz ist ein Genehmigungsvorbehalt allerdings in den Fällen, in denen der Versicherte ohne Vorschaltung eines Kassenarztes eine nichtärztliche Leistung beanspruchen darf und dies auch tut.

123) Vgl. BSGE 25, 280 (282); Musculus, a.a.O., S. 667 m.w.N.

124) RVA (GE) 5067, AN 1937, S. IV 159 = DOK 1937, S. 691

125) Vgl. oben Abschnitt C III 1 b) (S. 106 ff.)

b) Unmittelbare Inanspruchnahme nichtärztlicher Leistungen durch den Versicherten?

Die eben gemachte Aussage muß nun nicht bedeuten, daß die Krankenkassen in all diesen Fällen auf vorheriger Genehmigung bestehen müssen. Wie bereits an früherer Stelle angedeutet, ist vielmehr auch denkbar, daß die Kassen in den in Betracht kommenden Fällen den Versicherten den unmittelbaren Bezug nichtärztlicher Leistungen durch den Leistungserbringer ermöglichen und zu diesem Zweck entsprechende Vereinbarungen mit den Leistungserbringern abschließen¹²⁶⁾, in die alle Konditionen aufgenommen werden, die für eine ordnungsgemäße, den Maßstäben des § 182 Abs. 2 RVO bzw. des § 13 Abs. 2 KVLG entsprechende Leistungsversorgung erforderlich sind. Ein Beispiel hierfür ist die im Jahre 1978 in Bayern zwischen den Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen, der Bundesknappschaft und dem zuständigen Landesinnungsverband zustandegekommene Rahmenvereinbarung¹²⁷⁾, derzufolge Augenoptiker auf Antrag zur Sehschärfenbestimmung zugelassen werden, wenn sie bestimmte persönliche und sachliche Anforderungen (Meisterprüfung, Ausstattung) erfüllen. Der so zugelassene Augenoptiker ist zur ordnungsgemäßen Augenglasbestimmung unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots verpflichtet, soll insbesondere in Fällen, wo eine Augenkrankheit naheliegt, den "Patienten" an einen (Augen)Arzt verweisen (a.a.O., Anlage 3, Sätze 3, 4). Die Mitwirkung der Krankenkasse an dem Vorgang, einschließlich einer eventuellen Brillenverschaffung, beschränkt sich auf die Ausstellung eines "Abgabescheines" an den Versicherten, der seine Anspruchsberechtigung gegenüber seiner Kasse ausweist (§ 6 a.a.O.). Ein solches Modell, das den Befund über die Leistungsgewährung dem Leistungserbringer überläßt, ist für die Krankenkasse nicht nur administrativ, sondern auch ökonomisch von Vorteil, da ihr die

126) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 56

127) Vereinbarung über die Durchführung der Augenglasbestimmung vom 4.4.1978, Mittbl. LdOib 1978, S. 290

Sehschärfenbestimmung durch den Optiker als Nebenleistung im Unterschied zu der vom Kassenarzt vorgenommenen nichts kostet^{127 a)}. Andererseits ist Voraussetzung für die Zulassung unmittelbarer Leistungsveranschaffung durch nichtärztliche Leistungserbringer, daß diese die Gewähr für ein Verhalten bieten, das allein an den Belangen ordnungsgemäßer Leistungsverversorgung, nicht aber an ihrem unternehmerischen Interesse i. S. einer "Selbstbegünstigung"¹²⁸⁾ orientiert ist. Das ist nicht nur eine Frage des Vertragsrechts, sondern vor allem auch des Berufsrechts. Sind die rechtlichen Bindungen so beschaffen, daß die in Betracht kommenden nichtärztlichen Leistungserbringer in irgendwie vergleichbarer Weise wie die Kassenärzte verfaßt und diszipliniert sind, könnten die Krankenkassen zu ihnen als Berufsstand das gleiche Vertrauen haben, wie sie dies aufgrund des Kassenarztrechts den Kassenärzten entgegenbringen¹²⁹⁾. Dies umso mehr, wenn es den Kassen möglich ist, die Leistungsveranschaffung auch in diesen Fällen durch - etwa "stichprobenweise"¹³⁰⁾ - Einschaltung des vertrauensärztlichen Dienstes unter Kontrolle zu halten¹³¹⁾.

c) Kontrolle durch Einschaltung des vertrauensärztlichen Dienstes

Wie bereits erwähnt, ist prinzipiell ein berechtigtes Interesse der Krankenkassen daran anzuerkennen, die Verschaffung von Naturalleistungen zu ihren Lasten unter Kontrolle zu halten, um sich so vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme zu schützen. Dies kann präventiv durch Genehmigungsvorbehalte oder wo solche nicht zulässig oder aus anderen Gründen entbehrlich sind, durch nachträgliche Überprüfung geschehen,

127 a) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 124

128) a.a.O., S. 120

129) a.a.O., S. 121

130) Heinemann/Liebold, a.a.O., § 368 e RVO, Anm. 1
(= Rdnr. C 246)

131) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 56 ff.

um dann ggf. ein Regreßverfahren in die Wege zu leiten und/oder vertrags- oder berufsrechtliche Sanktionen zu ergreifen oder zu veranlassen.

Zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Kontrollkompetenzen bedürfen die Krankenkassen in der Regel medizinfachlicher Beratung¹³²⁾ soweit die fragliche Leistung nicht ausnahmsweise nichtmedizinischer Art ist, wie das z. B. bei der Haushaltshilfe der Fall ist. In diesem Fall könnten sich die Kassen ggf. des sachverständigen Rats von Sozialarbeitern oder anderen sozial erfahrenen Personen bedienen, wobei eine andere Frage ist, wie die für Sachverständige erforderliche fachliche Unabhängigkeit hier gewährleistet werden kann. Wo es aber der Kasse hingegen, wie meist, auf medizinfachliche Beratung ankommt, bietet sich hierfür der durch Verordnung vom 26. Juli 1930¹³³⁾ allgemein institutionalisierte und seit 1934 als sog. Gemeinschaftsaufgabe von den Landesversicherungsanstalten¹³⁴⁾ geführte vertrauensärztliche Dienst an.

Ursprünglich wurde der vertrauensärztliche Dienst fast ausschließlich im fiskalischen Interesse der Krankenkassen geschaffen, indem seine Hauptaufgabe die Krankenstandskontrolle, d. h., die Nachprüfung von "Krankschreibungen" war (§ 369 b Abs. 1, 1. Alt. RVO a.F.)¹³⁵⁾. Seit 1969 steht bei ihnen jedoch die sozialmedizinische Beratung eindeutig im Vordergrund¹³⁶⁾, nachdem die Einführung der Lohnfortzahlung für Arbeiter im Krankheitsfall¹³⁷⁾ zur Entlastung der Krankenkassen von Krankengeldzahlungen geführt hat und § 369 b RVO gleichzeitig neu-

132) Vgl. Peters, a.a.O., § 369 b RVO, Anm. 1 (S. 17/1868)

133) RGBl I S. 311; vgl. zur Entwicklung des Vertrauensarztes Peters, a.a.O., m.w.N.; Rohwer-Kahlmann, Festschrift für Horst Peters "Soziale Sicherung durch Soziales Recht", 1975, S. 127 ff.

134) Vgl. Art. 2 §§ 1, 2 des Gesetzes zum Aufbau der Sozialversicherung vom 5.7.1934 (RGBl I S. 577) i.V. mit Nr. 3 der Dritten Aufbauverordnung zur Sozialversicherung vom 18.12.1934 (RGBl I S. 1266)

135) Vgl. dazu Bauer, Soziale Sicherheit 1969, S. 321 (322)

136) Vgl. zu den Bestrebungen, den vertrauensärztlichen Dienst zu einem "gemeinsamen sozialmedizinischen Dienst" aller Versicherungszweige weiterzuentwickeln, DOK 1982, S. 447 ff.

137) Vgl. Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle vom 27.7.1969 (BGBl I S. 946)

gefaßt worden ist. Nach wie vor ist jedoch der Vertrauensarzt zur Nachprüfung der "Verordnung von Versicherungsleistungen" zuständig, die zu veranlassen die Kassen "in den erforderlichen Fällen" verpflichtet sind (§ 369 b Abs. 1 RVO). Dies bezieht sich insbesondere auf die Verordnungen der Kassenärzte¹³⁸⁾, eben um festzustellen, ob die Voraussetzungen für Leistungspflicht und Leistungsumfang gegeben waren, der Krankenkasse ggf. also Regreßrechte gegen den verordnenden Kassenarzt zustehen¹³⁹⁾.

Wann die vertrauensärztliche Nachprüfung einer Verordnung "erforderlich" ist, ist der Beurteilung der Krankenkasse überlassen und hängt vom Einzelfall ab¹⁴⁰⁾. Namentlich dann wird sie in Betracht kommen, wenn die Krankenkasse in ihrer medizinischen Laiensphäre Unklarheiten oder wenn sie Zweifel an der Berechtigung der konkreten Verordnung durch den seinerseits meist rechtlich nicht hinreichend bewanderten Kassenarzt hat. Dem Vertrauensarzt, der nicht nur medizinisch sachverständig ist, sondern bei dem auch die Kenntnis der maßgeblichen Begriffe des Leistungsrechts der GKV vorausgesetzt werden muß, kommt so eine Art Mittlerrolle zwischen Sachverhalten der Medizin und Anforderungen des Rechts zu¹⁴¹⁾. Keinesfalls darf der Vertrauensarzt in die Behandlung des Kassenarztes eingreifen (§ 369 Abs. 2 Satz 1 RVO). Dies schon deshalb, weil damit das für die Behandlung erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient gestört würde. Er kann sich allein nach "bestem Wissen (und nach) seine(r) ärztlichen Überzeugung"¹⁴²⁾ gutachtlich äußern. Sein Gutachten ist zwar verbindlich, jedoch kann der Kassenarzt im Fall von

138) Vgl. RVAE 36, 90, AN 1930, S. 163; RVAE 3923, AN 1931, S. 7

139) Vgl. dazu oben Text zu Fn. 92 (S. 107)

140) Vgl. Peters, a.a.O., Anm. 7 (S. 17/1874)

141) Auf diese Rolle des Vertrauensarztes hat insbesondere Nannenhorn, SozVers. 1954, S. 191 hingewiesen

142) Vgl. (z. B.) § 12 Abs. 1 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns. Dem entsprach § 12 der Bestimmungen des RVA über Anstellung, Besoldung und Dienstverhältnisse der Vertrauensärzte vom 15.7.1936, abgedr. bei Kühne/Hartrath, Vertrauensarztrecht, S. 17, der seinerseits auf die in § 369 b Abs. 2 Satz 2 RVO (a.F.) noch enthaltene Festschreibung der fachlichen Unabhängigkeit des Vertrauensarztes beruhte

Meinungsverschiedenheiten hiergegen bei der Krankenkasse Gegen-
vorstellung erheben und die Entscheidung durch ein Obergut-
achten beantragen (§ 21 Abs. 8, 9 BMV/Ä).

Was für die Nachprüfung kassenärztlicher Verordnungen gilt,
muß für die Nachprüfbarkeit für unmittelbar aufgrund vertrag-
licher Festlegung von nichtärztlichen Leistungserbringern be-
zogene Kassenleistungen und erst recht für beantragte Leistun-
gen entsprechend gelten. Im Fall beantragter nichtärztlicher
Leistungen liegt dies in der Natur der Sache, da hier die Ver-
antwortung für die Leistungsgewährung allein in der Verant-
wortung der Krankenkasse liegt¹⁴³⁾. Daher ist hier auch ein
weiter Beurteilungsspielraum der Krankenkasse anzuerkennen,
ob sie den vertrauensärztlichen Dienst einschaltet. Auch wird
sich hier der Versicherte zur Erlangung beantragter nichtärzt-
licher Leistungen ggf. gem. I § 62 SGB auch einer ärztlichen
Untersuchung unterziehen müssen, was bei Leistungen aufgrund
kassenärztlicher Verordnung oder aufgrund vertragsrechtlicher
unmittelbarer Leistungsverschaffung durch einen zugelassenen
nichtärztlichen Leistungserbringer nicht verlangt werden kann,
da in diesen Fällen die Leistung bereits für die Kasse ver-
bindlich "bewirkt" ist.

Ein besonderes Problem stellt sich allerdings, wenn die frag-
liche Untersuchung nicht schlicht der Begutachtung, sondern
primär der Krankenbehandlung (Diagnose + Festlegung der Thera-
pie) dient. In solchen Fällen würde der Vertrauensarzt in die
Rolle eines behandelnden Arztes gedrängt, die ihm nicht zu-
steht¹⁴⁴⁾ und die außerdem mit dem der Kassenärztlichen

143) im Ergebnis ebenso: Krauskopf, § 369 b RVO, Anm. 3.1;
Peters, a.a.O.; ders., SGB 1965, S. 257 (260 f.);
Zacher, a.a.O., S. 57

144) Dementsprechend sieht auch die Muster-Dienstanweisung
für Vertrauensärzte (abgedr. bei Kühne/Hartrath, Ver-
trauensarztrecht, Nachtrag 1939, S. 26) in der Aufzäh-
lung seiner Aufgaben keine behandelnde Tätigkeit vor.

Vereinigungen obliegenden Auftrag zur Sicherstellung der ärztlichen Versorgung (§ 368 n Abs. 1 Satz 1 RVO) in Konflikt geraten müßte. Daraus folgt, daß in einem solchen Fall die Kasse den vertrauensärztlichen Dienst nicht einschalten darf. Vielmehr muß sie, wenn sie zu sachverständiger Notwendigkeitsbeurteilung selbst nicht in der Lage ist, die zuständige Kassenärztliche Vereinigung um Amtshilfe ersuchen¹⁴⁵⁾.

145) Für (solche) Ausnahmefälle verweist auch Peters, SGB. 1965, S. 257 (260) auf die Pflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen zur Amtshilfe

D) Die Leistungserbringer in der GKV

Seit jeher steht zur Erbringung der Dienst- und Sachleistungen in der GKV eine Reihe von Einrichtungen zur Verfügung, die sich professionell oder kraft ihres Auftrags mit der Gesundheitspflege und/oder mit sozialpflegerischen Aufgaben befassen. Sie repräsentieren die Angebotsseite auf dem Markt der Gesundheitsgüter und sie sind auch von der Sache her als berufene Leistungserbringer der GKV anzusehen.

I. Die institutionelle Einteilung der Leistungserbringer in der GKV

Der Kreis der möglichen Leistungserbringer in der GKV läßt sich zunächst institutionell in drei Gruppen mit unterschiedlichem Rechtsstatus einteilen: Zum einen sind zu nennen öffentlich-rechtliche Träger, namentlich die Gebietskörperschaften (Land, Landkreise, kreisfreie Gemeinden), denen - je nach landesrechtlicher Regelung - als Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge die Errichtung und der Unterhalt der erforderlichen Krankenhäuser¹⁾ und Heilanstalten²⁾ und die Durchführung des Rettungswesens³⁾ obliegt. Zum andern handelt es sich um Privatpersonen, die entweder selbständig tätig einen Beruf des Gesundheitswesens ausüben oder eine private Einrichtung des Gesundheitswesens (z. B. eine Privatkrankenanstalt i. S. § 30 GewO) betreiben. Und schließlich sind zu nennen die freigemeinnützigen Organisationen, namentlich

1) Vgl. etwa Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 Bayer. Landkreisordnung

2) Vgl. etwa Art. 48 Abs. 2 Nr. 1 Bayer. Bezirksordnung

3) so etwa Art. 2 Abs. 1 Bayer. Rettungsdienstgesetz vom 11.1.1974 (GVBl S. 1); § 2 Abs. 1 RettG-NRW vom 26.11.1974 (GV.NW, S. 1481/568); § 2 Abs. 1 RettDG-Rhld-Pfalz vom 17.12.1974, § 2 Abs. 1 Saarl.RDG vom 24.3.1975; § 2 Abs. 1 Schlesw.-Holst.RDG vom 24.3.1975 (GVBl S. 44); unmittelbare Staatsaufgabe ist demgegenüber das Rettungswesen insbesondere in den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg: vgl. dazu die bei Biese/Lüttgen, u. a., a.a.O., Abschn. B 4.12.1 abgedruckten Auszüge aus den dortigen Feuerwehrgesetzen

die Träger der freien Wohlfahrtspflege (Arbeiterwohlfahrt, Caritasverband, Diakonisches Werk etc.) und die Hilfsorganisationen (Arbeiter-Samariter-Bund, Johanniter-Unfallhilfe, Malteser-Hilfsdienst, Rotes Kreuz etc.) mit ihren Sozialdiensten und ihren Krankentransport- und Rettungseinrichtungen. Wie wichtig dem Gesetzgeber eine effektive Zusammenarbeit der Krankenkassen mit den frei-gemeinnützigen Organisationen bei der Leistungserbringung ist, zeigt das Kooperationsgebot in I § 17 Abs. 3 Satz 1 SGB.

II. Berufe im Dienste der Gesundheit

Ganz gleich nun, wer institutionell Leistungen zu Lasten der Krankenkassen erbringt, nahezu durchwegs werden hierbei Angehörige von Berufen im Dienste der Gesundheit tätig, mag es sich hierbei um in der Diagnostik, in der Therapie oder in der Pflege tätige Dienstleistungsberufe oder mag es sich um die Sachleistungsberufe des Gesundheitshandwerks handeln.

1. Dienstleistungserbringer

a) Der Wandel der Berufsbilder und der Rollenverteilung im Dienstleistungssektor des Gesundheitswesens

In keinem anderen Bereich des Gesundheitswesens ist seit einigen Jahrzehnten ein so tiefgreifender und vielschichtiger Strukturwandel zu verzeichnen wie bei den Dienstleistungsberufen im Gesundheitswesen. Einerseits sind einige altväterliche, noch in § 122 Abs. 1 Satz 2 und § 123 RVO genannte Berufe wie Heilgehilfen⁴⁾, Bader und Dentisten⁵⁾ entweder bereits weggefallen

4) Vgl. dazu Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. I/945 f.

5) Vgl. dazu oben Abschnitt B II 2 b) (S. 65)

oder sie sind im Aussterben begriffen. Andererseits hat aber der Aufschwung der Medizin, einhergehend mit einer stürmischen naturwissenschaftlich-technischen Entwicklung zu weitreichender Spezialisierung und dem daraus folgenden Zwang zur Arbeitsteilung geführt. Immer mehr nichtärztliche Berufe - Psychotherapeuten, Physiker, Chemiker, Biologen, Pharmakologen, Medizininrechner, Ingenieure im technischen Gesundheitswesen, Logopäden - besetzen bestimmte medizinische Sektoren im diagnostischen und therapeutischen Verfahren⁶⁾. Die Rede ist von 300 bis 350 neuen nichtärztlichen Berufen im Gesundheitswesen⁷⁾. All dies kann nicht ohne Auswirkung auf die bislang noch dominante Position des Arztes als "Herr des größten Dienstleistungssektors der Gesellschaft"⁸⁾ bleiben, sondern spricht dafür, daß sich seine Kompetenz, seine fachliche Rolle und sein sozialer Status über kurz oder lang nachhaltig ändern dürften⁹⁾. Dazu trägt sicher auch das Vakuum bei, das die Ärzteschaft selbst hat entstehen lassen, indem sie sich etwa einem sozialmedizinischen oder sozialtherapeutischen Auftrag weitgehend verschließt oder indem sie sich nach wie vor hauptsächlich als Vertreter der Körpermedizin versteht und darüber die Seelenmedizin zu kurz kommen läßt¹⁰⁾.

6) Vgl. dazu Laufs, NJW 1979, S. 1231 (1235) und die Nachweise bei Seewald, a.a.O., S. 2494 (Anm. 18)

7) Vgl. Schipperges, Medizinische Dienste im Wandel, S. 32

8) a.a.O., S. 274

9) Vgl. dazu Schipperges, a.a.O., S. 19 ff., 47, 54 ff., 274; Schipperges/Seidler/Unschuld (Hrsg.) Krankheit, Heilkunst, Heilung, 1978, S. 469; Laufs, a.a.O.; Schimmelpfeng, NJW 1976 S. 2293

10) Vgl. dazu von Ferber, Das sozialtherapeutische Instrumentarium der Gesundheitshilfe - eine kritische Analyse der Situation in der Bundesrepublik Deutschland, in: Medizin und soziale Dienste in gemeinsamer Verantwortung, S. 20 ff.

b) Berufsrechtliche Aspekte und ihre Bedeutung für die Leistungserbringung in der GKV

aa) Allgemeine Aspekte

Grundsätzlich bedarf kein "Beruf" staatlicher Anerkennung durch normative Fixierung des "Berufsbildes". Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) zielt vielmehr gerade auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab¹¹⁾, indem es jedem Bürger das Recht verbürgt, "jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d. h., zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen und damit seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung selbst zu bestimmen"¹²⁾, und zwar sowohl in selbständiger Form als auch in abhängiger Stellung¹³⁾. Zu staatlicher Reglementierung eines Berufs kann und darf es prinzipiell erst dann kommen, wenn dies zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen erforderlich ist. Das Ausmaß der Regelungsintensität bestimmt sich dabei nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und hängt somit vom Bedeutungsgrad des zu schützenden Gemeinschaftsinteresses ab¹⁴⁾. Die hier in Rede stehenden Dienstleistungsberufe des Gesundheitswesens kann der Gesetzgeber berufsrechtlicher Regelung unterwerfen, wenn und soweit dies zum Schutz der Volksgesundheit, einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut¹⁵⁾ "erforderlich" und "zweckmäßig" ist¹⁶⁾ und andererseits das zu regelnde Berufs-

11) Vgl. BVerfGE 34, 252 (256)

12) Vgl. z. B. BVerfGE 7, 377 (397) - Apothekenurteil -; 50, 290 (362)

13) Vgl. z. B. BVerfGE 7, 377 (398 f.); 50, 290 (363 ff.)

14) so die im Apothekenurteil, a.a.O., entwickelte Stufen-theorie

15) Vgl. BVerfGE 9, 333 (346); 13, 97 (107); 25, 236 (247)

16) Hoffmann, DVBl 1962, S. 541 (545 f.)

bild¹⁷⁾ hinreichend fixierbar ist. Im Gesundheitswesen etwa müssen sich neue Tätigkeitsbereiche entweder erst in einer Art Experimentierphase als Beruf durchsetzen oder ein neuer Gesundheitsberuf wird gewissermaßen aus der Retorte geschaffen¹⁸⁾. Kommt es zu berufsrechtlichen Regelungen, so bewirkt dies einerseits für die Berufsinteressenten Bindungen in dem Sinne, daß sie ihren Beruf nur unter den normativ festgesetzten Voraussetzungen und Anforderungen ausüben können, andererseits wird dadurch der Beruf bei den Berechtigten "monopolisiert"¹⁹⁾. Das Berufsrecht der Dienstleistungsberufe des Gesundheitswesens zielt dabei, abgesehen vom unvollkommen gebliebenen Recht des Heilpraktikers, durchwegs darauf ab, der heilungssuchenden Bevölkerung befähigte, persönlich zuverlässige und gesundheitlich geeignete Personen zu Verfügung zu stellen. Die Erteilung der Berufsausübungsberechtigung ist bei diesen Berufen durchwegs von der Absolvierung der jeweils vorgeschriebenen Hochschul- oder Fachschulausbildung, dem Bestehen der jeweiligen Fachprüfung sowie den genannten charakterlichen und sonstigen persönlichen Eigenschaften abhängig. Die Existenz berufsrechtlicher Regelungen ist daher geradezu die Basis dafür, Berufsausübungsberechtigte in ihrer jeweiligen Disziplin schlechthin als potentielle Erbringer einschlägiger Leistungen der GKV anzusehen.

17) Vgl. zur Berufsbildlehre BVerfGE 7, 377 ff.; BVerwGE 2, 89; BGH NJW 1962, S. 2008

18) Vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 27.2.1975 auf eine große Anfrage (BT-Drs. 7/3322, S. 28 f.)

19) Vgl. Lepa, Der Inhalt der Grundrechte nach der Rechtsprechung, 4. Auflage, Art. 12, Rdnr. 10

bb) Inhalt und Intensität berufsrechtlicher Regelungen bei den Dienstleistungsberufen im Gesundheitswesen

(1) Heilberufe

(a) Zur berufsrechtlichen Ordnung

Die umfassendste berufsrechtliche Ordnung haben die akademischen Heilberufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker)²⁰⁾ erhalten. Abgesehen vom tierärztlichen Beruf hat insoweit der Bundesgesetzgeber in Gestalt der Bundes-Ärzteordnung²¹⁾, des Zahnheilkundengesetzes²²⁾ und der Bundes-Apothekerordnung²³⁾ sowie der hierzu jeweils ergangenen Approbations- oder Bestallungsordnungen²⁴⁾ seine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Nr. 19 GG am weitesten ausgeschöpft, indem er diese Berufe als echte Zulassungsberufe²⁵⁾ ausgestaltet hat. Am reinsten verwirklicht ist dabei das Berufsausübungsmonopol des Apothekers, da die Abgabe von apothekenpflichtigen Arzneimitteln über die §§ 43 ff. AMG und über das Recht der Apotheke²⁶⁾ nur ihm vorbehalten ist, während mit Ärzten und Zahnärzten (partiell) die berufsrechtlich bei weitem nicht so reglementierten (nichtakademischen) Heilberufe der Heilpraktiker bzw. der Dentisten konkurrieren dürfen. Gemeinsam ist den akademischen Heilberufen, daß sie, befügt durch staatliche Approbation oder Bestallung jeweils

20) Vgl. dazu BVerfGE 33, 125 ff. m. Anm. Starck, NJW 1972, S. 1489 ff.; BVerwGE 4, 51

21) i.d.F. der Bek vom 14.10.1977 (BGBl I S. 1885)

22) vom 31.3.1952 (BGBl I S. 221)

23) vom 5.7.1968 (BGBl I S. 601)

24) Vgl. Approbationsordnung für Ärzte i.d.F. der Bek vom 3.4.1979 (BGBl I S. 425); Prüfungsordnung für Zahnärzte vom 26.1.1955 (BGBl I S. 37); Approbationsordnung für Apotheker vom 23.8.1971 (BGBl I S. 1377)

25) Anders nur beim tierärztlichen Beruf, da im Bereich der Tierheilkunde die Kurierfreiheit weiterbesteht

26) Gesetz über das Apothekenwesen vom 20.8.1960 (BGBl I S. 697); Apothekenbetriebsordnung vom 7.8.1968 (BGBl I S. 939)

eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen haben²⁷⁾ und zu den sog. "freien"^{27a)}, in der Sache allerdings rechtlich besonders gebundenen Berufen gehören. So sind die Angehörigen der genannten Heilberufe kraft landesrechtlicher Berufsausübungsregelungen²⁸⁾ Zwangsmitglieder autonomer Heilberufskammern²⁹⁾ und als solche bei ihrer Berufsausübung einer Reihe von öffentlich-rechtlichen, in sog. "Berufsordnungen"^{29a)} normierten und berufsaufsichtlich oder berufsgerichtlich durchsetzbaren Berufspflichten unterworfen. Verliert der Heilberufsangehörige seine (gesundheitliche) Eignung oder verstößt er so massiv gegen seine Berufspflichten, daß eine quasi "standesinterne" Ahndung durch die staatliche Berufsgerichtsbarkeit³⁰⁾ nicht mehr ausreicht, so ist das öffentliche Gesundheitsinteresse so stark betroffen, daß (als ultima ratio) nur noch der Widerruf oder die Anordnung des Ruhens der Berufsausübungsberechtigung durch die zuständige staatliche Behörde in Betracht kommt (§ 5 Abs. 2, § 6 BÄO, §§ 4, 5, 7 ZHKG, §§ 6 f. BApO). Der Verlust der Berufsausübungsberechtigung wiederum bewirkt bei selbständigen Apothekern ipso iure das Erlöschen der Apotheken-Betriebserlaubnis (§ 5 Nr. 2 ApG).

(b) Zur kassenarztrechtlichen Ordnung

Sind Ärzte und Zahnärzte zur Kassen(zahn)ärztlichen Versorgung zugelassen, daran beteiligt, oder ermächtigt (§ 368 a Abs. 1

27) Vgl. § 1 Abs. 1 Bundes-Ärzteordnung; § 1 Satz 1 Bundes-Apothekerordnung

27 a) Vgl. zum (soziologischen) Begriff "freier Beruf" im allgemeinen: BVerfGE 10, 345 (364); 17, 232; § 1 Abs. 2 BÄO; § 1 Abs. 3 ZHKG; zur "freien" Natur des Apothekerberufs: BVerfGE 17, 232 (239)

28) Vgl. dazu BVerfGE 33, 125 (154 f.); BayVerfGH n.F. 14, 59 (63)

29) Vgl. dazu z. B. (Bayer) Gesetz über die Berufsvertretungen und über die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Kammergesetz) i.d.F. der Bek vom 31.3.1978 (GVBl S. 67)

29 a) Vgl. dazu Brandstetter, Der Erlaß von Berufsordnungen durch die Kammern der freien Berufe, Berlin 1971

30) Vgl. zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Berufsgerichte BVerfGE 18, 341; 26, 186

RVO), so kommt zum allgemein berufsrechtlichen Regime noch der besondere Verhaltenskodex des Kassenarztrechts hinzu. Als Mitglieder der zuständigen Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung (§ 368 a Abs. 4 RVO) haben die Kassen(zahn)ärzte dabei zusätzlich all jene kassenärztlichen Pflichten zu beachten, die sich aus dem, diesen Vereinigungen gegenüber den Kassen kollektiv obliegenden Sicherstellungsauftrag (§ 368 n Abs. 1 RVO) ergeben und in den §§ 368 ff. RVO, in den Zulassungsordnungen für Ärzte und Zahnärzte³¹⁾ sowie (gesamtvertraglich) in den Bundesmantelverträgen für Ärzte³²⁾ und Zahnärzte^{32a)} näher festgelegt sind. Insbesondere sind danach die Kassenärzte und Kassenzahnärzte zu einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßigen, ausreichenden und wirtschaftlichen Behandlungs- und Verordnungsweise verpflichtet (§ 368 e RVO) und haben zu diesem Zweck die vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen gemäß § 368 p Abs. 1 RVO beschlossenen "Richtlinien" zu beachten. Verletzt der Kassenarzt oder der Kassenzahnarzt "gröblich" seine kassenärztlichen Pflichten, so kann ihm - abgesehen von Schadensersatzverpflichtungen - der Zulassungsausschuß die Kassenzulassung entziehen (§ 368 a Abs. 6 RVO, § 27 ZO/Ä). Bei niedergelassenen Ärzten oder Zahnärzten führt dies in der Regel zur wirtschaftlichen Existenzvernichtung und kann daher ebenso wie der nach allgemeinem Berufsrecht mögliche und generell zur Berufsaufgabe zwingende Verlust der Approbation oder Bestallung nur äußerstes Mittel sein.

(2) Heilhilfsberufe

(a) Zur berufsrechtlichen Ordnung

Eine weitere Gruppe unter den Dienstleistungsberufen des Gesundheitswesens bilden die nichtärztlichen Heilberufe, von denen der Hebammenberuf die eine, die Heilhilfsberufe, auch "medizinische Assistenzberufe" oder "Heilergänzungsberufe"

31) jeweils vom 28.5.1957, BGBl I S. 572 und S. 582

32) i.d.F. vom 28.8.1978, DOK 1978, S. 795

32 a) i.d.F. vom 13.12.1974, DOK 1975, S. 51

genannt, die andere Untergruppe bilden. Ausgebildet für ein begrenztes Tätigkeitsfeld im Gesundheitswesen unterstützen (innerhalb der ärztlichen Behandlung) oder ergänzen (außerhalb der ärztlichen Behandlung) die Angehörigen der Heilhilfsberufe in mehr oder weniger fachlich selbständiger Weise die Tätigkeit der ärztlichen Heilberufe auf diagnostischem, therapeutischem oder pflegerischem Gebiet. Wohl auf diese mehr oder weniger beschränkte Rolle im Heilgeschehen sind die gravierenden Unterschiede zwischen dem Recht der Heilberufe und dem der Heilhilfsberufe zurückzuführen: Anders als im Fall der Heilberufe monopolisiert das Recht der Heilhilfsberufe nicht die Tätigkeit, zu der die Berufsangehörigen nach Maßgabe der jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen befähigt sind, sondern schützt - in Anlehnung an § 29 GewO i.d.F. von 1869 hinsichtlich der ärztlichen Berufsbezeichnungen - lediglich die Berufsbezeichnung, die zu führen eine Erlaubnis erfordert. Die Erlaubniserteilung ist dabei - wie bei den Heilberufen - durchwegs von der Absolvierung der berufsrechtlich jeweils vorgeschriebenen Ausbildung, dem Bestehen der Fachprüfung, der persönlichen Zuverlässigkeit und der gesundheitlichen Eignung des Berufsbewerbers abhängig³³⁾. Eine Ausnahme von der typischen Regelungskonzeption dieser Berufe bilden nur die medizinisch-technischen Assistenzberufe - z. B. "medizinisch-technische Laboratoriumsassistenten", "medizinisch-technische Radiologieassistenten" -, denn ihnen sind nach § 9 Gesetz über technische Assistenten in der Medizin (MTA-G)³⁴⁾ neben den Heilberufen bestimmte Tätigkeiten vorbehalten. Ansonsten ist der kurierrechtliche Status der Heilergänzungsberufe unklar³⁵⁾, insbesondere, was das Verhältnis ihres Berufsrechts zum Recht der nichtärztlichen Heilkundenausübung nach dem Heilpraktikergesetz angeht. Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, daß jedenfalls die zur Führung einer einschlägigen Berufsbezeichnung Berechtigten auch berechtigt sind, auf ihrem Berufs-

33) Vgl. im einzelnen die bei Theobald/Erdle, a.a.O., abgedruckten Heilhilfsberufs-Gesetze sowie die jeweils hierzu in Form von Rechtsverordnungen ergangenen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen

34) vom 8.9.1971, BGBl I S. 1515

35) Vgl. dazu auch Rupp/von Olshausen, a.a.O., S. 20

sektor Verrichtungen eigenverantwortlich-selbständig zu erbringen, soweit Berufsrecht nicht ausdrücklich entgegensteht³⁶⁾. Darüber hinaus werden aber auch beachtliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungstechnik der Berufs(bezeichnungs)-gesetze angemeldet³⁷⁾. All dies ändert aber nichts an der prinzipiellen Eignung dieser Berufe zur Erbringung einschlägiger nichtärztlicher Leistungen der Krankenpflege, soweit diese Berufe kraft Berufsrechts oder tatsächlich in selbständig-freiberuflicher Form ausübungsfähig sind. Das ist bei den meisten Heilhilfsberufen der Fall. Lediglich die medizinisch-technischen Assistenzberufe sind nach neuem Berufsrecht im Bereich der Diagnostik - immerhin der Kernbereich dieser Berufe - nicht mehr zu selbständiger Berufstätigkeit zugelassen (§ 9 Abs. 3 MTA-G)³⁸⁾. Einer solchen Beschränkung unterliegen sonst nur noch pharmazeutisch-technische Assistenten (§ 8 Gesetz über den Beruf des pharmazeutisch-technischen Assistenten³⁹⁾). Eine weitere wesentliche Abweichung zum Heilberufsrecht besteht darin, daß das Recht der Heilhilfsberufe keinerlei Vorschriften zur Berufsausübung enthält, da die Länder die ihnen insoweit nach Art. 30, 70 und Art. 74 Nr. 19 GG zustehende Regelungskompetenz bisher nicht wahrgenommen haben. Die Angehörigen der Heilhilfsberufe sind dementsprechend weder "zwangsverkamert" noch unterliegen sie besonderer Standesaufsicht, geschweige denn einer Berufsgerichtsbarkeit. Berufliche Verfehlungen können danach allenfalls mit dem möglichen Entzug der Bezeichnungsführungserlaubnis durch die zuständige Verwaltungsbehörde geahndet werden. Schließlich fehlt im Fall der Heilhilfsberufe auch jede normative Ordnung hinsichtlich der Leistungsverschaffung, ja sie sind im Recht der GKV kaum einmal erwähnt.

36) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B I 3 b (S. 46 ff.)

37) Vgl. Rupp/von Olshausen, S. 22 ff. und BVerfGE 26, 246: Nichtigkeit des Ingenieurgesetzes vom 7.7.1965 (BGBl I S. 601) wegen Gewährung eines bloßen Berufsbezeichnungsschutzes statt Ausnutzung der Hauptkompetenz (Berufszulassung)

38) Selbständige Berufstätigkeit ist nur altrechtlichen Erlaubnisinhabern gestattet, die bereits vor dem Inkrafttreten des neuen MTA-G selbständig tätig waren (vgl. § 14 MTA-G). Allein auf diesen kleinen Personenkreis bezieht sich die vielzitierte und hinsichtlich ihrer Konsequenzen häufig überschätzte MTA-Entscheidung in BSGE 38, 73

39) vom 18.3.1968, BGBl I S. 228

(b) Zuordnung der Heilhilfsberufe und anderer nichtärztlicher Berufe des Gesundheitswesens zu den nichtärztlichen Dienstleistungen im Rahmen der Krankenhilfe

Im einzelnen kommen in den einzelnen Dienstleistungsbereichen folgende Berufe zur Leistungserbringung in Betracht:

- Im Bereich der "Heilmittel" (soferne man Dienstleistungen diesem Leistungstatbestand noch zurechnen will⁴⁰⁾)
die Berufe⁴¹⁾ der
 - Masseure, der
 - Masseure und medizinischen Bademeister, der
 - Krankengymnasten sowie der Beruf⁴²⁾ der
 - Logopäden;
- im Bereich der (subsidiären) medizinischen Rehabilitationsleistung "Belastungserprobung und Arbeitstherapie"
der Beruf⁴³⁾ der
 - Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten;
- zur Erbringung "häuslicher Krankenpflege"
die Berufe⁴⁴⁾ der
 - Krankenpflegepersonen, der
 - Kinderkrankenpflegepersonen sowie der
 - Krankenpflegehelfer.

40) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt B II 1 b (S. 62 f.) und Abschnitt C I (S. 85)

41) Vgl. dazu das Gesetz über die Ausübung der Berufe des Masseurs, des Masseurs und medizinischen Bademeisters und der Krankengymnasten vom 21.12.1958 (BGBl I S. 985), abgedr. bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 50.1 und zum Berufsbild der Masseure und der Masseure und medizinischen Bademeister: Korbmann, Die Ersatzkasse 1978, S. 198 ff.

42) Vgl. dazu das Gesetz über den Beruf des Logopäden vom 7.5.1980 (BGBl I S. 529), abgedr. bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 45.1

43) Vgl. dazu das Gesetz über den Beruf des Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten vom 25.5.1976 (BGBl I S. 1246), abgedr. bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 10.1

44) Vgl. dazu §§ 1, 14 b Krankenpflegegesetz i.d.F. der Bek vom 20.9.1965 (BGBl I S. 1443), abgedr. bei Theobald/Erdle, Glnr. 40.1

Die häusliche Krankenpflege kann zudem seit der Neufassung des § 185 RVO und des § 18 KVLG durch das Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz⁴⁵⁾ auch "durch andere zur Krankenpflege geeignete Personen" erbracht werden, wobei vor allem an Haus-, Familien- und Altenpfleger gedacht ist⁴⁶⁾. Damit hat vor allem der Streit seine Erledigung gefunden, ob die Kostenerstattung nach § 18 Abs. 3 RVO (§ 18 Abs. 3 KVLG) voraussetzt, daß die selbstbeschaffte Kraft Krankenpflege-Fachkraft ist oder nicht⁴⁷⁾.

- Im Bereich der Krankentransportleistungen ist schließlich noch der bislang allenfalls landesrechtlich geregelte⁴⁸⁾

Beruf des

- Rettungssanitäters

zu erwähnen.

Im Unterschied zu den behandelnden Heilergänzungsberufen, die sowohl in abhängiger Stellung als auch freiberuflich ausgeübt werden, sind die Angehörigen der erwähnten Pflege- und Betreuungsberufe typischerweise in abhängiger Stellung - in Krankenhäusern, Sozialstationen der Träger der freien Wohlfahrtspflege und in Rettungsdienstorganisationen - tätig. Gleichwohl sind seit jeher auch freiberuflich tätige Krankenpflegekräfte anzutreffen.

45) vom 22.12.1981 (BGBl I S. 1568)

46) Vgl. Amtl. Begr. zu Art. 2 Nr. 2 Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz, BT-Drs. 9/570, S. 27

47) Vgl. dazu Raible, a.a.O., S. 130

48) Vgl. z. B. die aufgrund Art. 13 Abs. 1 Bayer. Rettungsdienstgesetz ergangene "Verordnung über die Tätigkeit als Rettungssanitäter" vom 26.10.1978, GVBl S. 780; zu den bundesrechtlichen Regelungsabsichten: BT-Drs. 7/3322, S. 29

(3) Hebammen

Eine Sonderstellung unter den nichtärztlichen Heilberufen nimmt der Beruf der Hebamme ein, der in der GKV zur Erbringung der als Leistung der Mutterschaftshilfe vorgesehenen Hebammenhilfe (§ 195 Nr. 1, § 196 RVO) zuständig ist. Zusammen mit den Ärzten besitzen die Hebammen das Monopol in der Geburtshilfe (§ 4 Abs. 1 Hebammengesetz⁴⁹⁾ - HebG -). Sie sind dazu aufgrund staatlicher "Anerkennung" befugt, die nach bestandener Hebammenprüfung und bei Vorliegen persönlicher Zuverlässigkeit und gesundheitlicher Eignung erteilt wird und bei Wegfall der Zuverlässigkeits- oder Eignungsanforderungen wieder entzogen werden kann (§§ 6 ff. HebG). Die Anerkennung selbst berechtigt nur zur Berufsausübung als sog. "Anstaltshebamme" in ärztlich geleiteten Entbindungs- und Krankenanstalten; will sich die Hebamme selbständig niederlassen, so bedarf sie zusätzlich einer besonderen Niederlassungserlaubnis (§ 4 Abs. 1, Abs. 3, § 10 Abs. 1 HebG). Diese wird nur erteilt, wenn ein objektiver Bedarf an niedergelassenen Hebammen besteht (§ 10 Abs. 2 HebG). Es handelt sich hierbei um eine der wenigen Bedürfnisklauseln, die ausnahmsweise mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar sind⁵⁰⁾. Nicht nur im Bereich der Berufszulassung, sondern auch auf dem Sektor der Berufsausübung ist der Hebammenberuf im Interesse einer geordneten geburtshilflichen Versorgung intensiver Reglementierung unterworfen. Hinsichtlich ihrer Berufsausübung unterliegt die Hebamme einem in den landesrechtlichen "Dienstordnungen"⁵¹⁾ (§ 17 HebG) niedergelegten Katalog bestimmter

49) vom 21.12.1938 (RGBl I S. 1893); zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.3.1974 (BGBl I S. 469), abgedr. bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 20.1.1

50) Vgl. dazu BVerwGE 9, 334; OVG Berlin, DVBl 1954, S. 561

51) Vgl. dazu die Übersicht bei Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 20.3, § 17 HebG, Anm. 2

Berufspflichten, deren "gröbliche Verletzung" zum Verlust der Anerkennung führen kann (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 HebG). Zwar fehlt es beim Hebammenberuf am Element berufsständisch-körperschaftlicher Verfassung in einer Berufskammer, insgesamt gesehen ist jedoch die berufsrechtliche Verfassung dieses Berufs ähnlich intensiv wie bei Heilberufen. Dadurch hebt sich der Hebammenberuf deutlich von den Heilhilfsberufen ab.

(4) Ärztliche Hilfsberufe

Der Vollständigkeit halber sind ferner noch die Arzt- und Zahnarzthelfer⁵²⁾ als allgemeine, sowie Orthoptisten⁵³⁾ und Zytologieassistenten⁵⁴⁾ als spezialisierte ärztliche Hilfsberufe zu erwähnen. Von den Heilhilfsberufen unterscheiden sich diese Berufe ganz wesentlich dadurch, daß sie durchwegs nur im Rahmen ärztlichen bzw. zahnärztlichen Handelns tätig werden können. Ihr Wirken ist so untrennbar mit der ärztlichen bzw. zahnärztlichen Behandlung verbunden, daß sie schon von daher als Leistungserbringer für die GKV ausscheiden.

(5) Sonstige gesundheits- und sozialpflegerisch relevante Berufe

Unter dieser Berufskategorie, die für die GKV spätestens mit der Aufnahme gesundheits- und sozialbetreuerischer Leistungen in den Leistungskatalog der GKV, wie etwa die Haushalts- und Betriebshilfe (§ 185 b RVO, § 34 ff. KVLG) oder die Förderung von Behindertensport als ergänzende Leistung (§ 193 Nr. 2 RVO, § 21 a KVLG) eine eigenständige Bedeutung gewonnen hat, sind schließlich zu nennen die Berufe der

52) Vgl. zum Berufsbild: Kuhns, a.a.O., S. I/133, II/409 ff.

53) Vgl. zum Berufsbild: Theobald/Erdle, a.a.O., Glnr. 60.3.5

54) Vgl. zum Berufsbild: a.a.O., Glnr. 95.3.8

- Haus- und Familienpfleger⁵⁵⁾, der
- Dorfhelfer aber auch der Beruf des
- orthopädischen Turnlehrers, dessen Aufgabe es ist, körperliche Übungen Kranker bzw. körpergeschädigter Personen zu leiten und zu überwachen⁵⁶⁾. Auch diese Berufe werden typischerweise kaum freiberuflich, sondern im Dienste von Sozialstationen bzw. Behindertensportvereinen ausgeübt.

2. Sachleistungserbringer

a) Das Gesundheitshandwerk

Bei der Erbringung von Sachleistungen spielen zunächst die Berufe des Gesundheitshandwerks eine gewichtige Rolle. Dazu gehören all jene Handwerksberufe, die entsprechend ihrem Berufsbild unmittelbar durch handwerklich-technische Fertigkeiten der Gesundheitspflege oder der medizinischen Rehabilitation dienen. Im einzelnen kommen in den einzelnen Sachleistungsbereichen folgende Handwerksberufe zur Leistungserbringung in Betracht:

- Im Bereich der Heil- und Hilfsmittelversorgung
 - Bandagisten⁵⁷⁾, die damit verwandten
 - Orthopädiemechaniker⁵⁸⁾, ferner
 - Chirurgiemechaniker,
 - Orthopädieschuhmacher sowie
 - Hörgeräteakustiker⁵⁹⁾
- (Nr. 90 bis 93 und Nr. 78 Anlage A zur Handwerksordnung);

55) Vgl. zum Berufsbild: Stehle, Krankenpflege, 1979, S. 47

56) Vgl. Kuhns, a.a.O., S. I/673

57) Vgl. zum Berufsbild: VO über das Berufsbild und über die Anforderungen in der Meisterprüfung für das Bandagisten-Handwerk vom 3.2.1972 (BGBl I S. 118); Korbmann, Die Ersatzkasse 1978, S. 323

58) Vgl. zum Berufsbild den in Fn. 120 (S. 114) zitierten Nachweis; sowie Korbmann, a.a.O.

59) Vgl. zum Berufsbild den in Fn. 118 (S. 114) zitierten Nachweis; sowie Korbmann, a.a.O., S. 461

- im Bereich der Versorgung mit Sehhilfen (Brillen)
 - Augenoptiker⁶⁰⁾
 - (Nr. 83 Anlage A zur Handwerksordnung) und
- im Bereich der zahnprothetischen Leistungen
 - Zahntechniker
 - (Anlage A zur Handwerksordnung).

Abgesehen von den Zahntechnikern, die aufgrund der komplexen Rechtsnatur der Leistung "Zahnersatz" als einziges Gesundheits-handwerk nunmehr in das öffentlich-rechtliche System des Kassen-arztrechts inkorporiert sind⁶¹⁾, sind die genannten Handwerks-berufe traditionell "Lieferanten" der Krankenkassen. Abgesehen von orthopädischen Maßschuhen, deren Anfertigung nach § 30 b GewO ausnahmslos nur einem unter Leitung eines Orthopädienschuh-machermeisters stehenden Handwerksbetrieb vorbehalten ist, darf Leistungen dieser Berufe an sich jedermann erbringen. Die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausführung solcher Leistungen bietet indes nur das einschlägige Handwerk, wie es traditionell in selbständigen Handwerksbetrieben aufgrund der für das je-weilige "Berufsbild" geforderten Kenntnisse und Fertigkeiten ausgeübt wird. Dies zum einen deshalb, weil der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur gestattet ist, wenn im Fall natürlicher Personen oder Personengesellschaften der Inhaber oder ein persönlich haftender Gesellschafter die Meisterprüfung in diesem oder in einem damit verwandten Hand-werk bestanden und damit den insoweit maximalen Qualifikations-nachweis⁶²⁾ erbracht hat, zumindest aber eine Ausnahmebe-

60) Vgl. zum Berufsbild den in Fn. 110 (S. 113) zitierten Nachweis; sowie Korbmann, a.a.O., S. 70

61) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt A III 2 b aa) (S. 28 ff.)

62) Vgl. dazu BVerfGE 13, 87 (105)

willigung⁶³⁾ nach den §§ 8 oder 9 HandwO besitzt oder - im Falle einer juristischen Person - ein entsprechend qualifizierter Betriebsleiter beschäftigt wird (§§ 1, 6 f. HandwO). Und zum anderen deshalb, weil der selbständige Handwerker in Anbetracht des ihm von § 35 GewO angedrohten Verlustes seiner Gewerbebefugnis gehalten ist, seinen Beruf zuverlässig auszuüben.

b) Der medizinisch-technische Fachhandel

Der Heil- und Hilfsmittelversorgung funktionell zuzuordnen ist ferner der medizinisch-technische Fachhandel, der sich mit dem Vertrieb meist industriell vorgefertigter Artikel der Krankenpflege (z. B. Rollstühle, Fieberthermometer, Leibbinden, Verbandmaterial etc.) befaßt. Soweit es sich dabei um "ärztliche Hilfsmittel" - ein inhaltlich unscharfer und in seiner Wortbedeutung teilweise mit dem Arzneimittelbegriff des Arzneimittelgesetzes sich überschneidender Begriff - handelt, bedarf es einer Erlaubnis⁶⁴⁾, die nur aufgrund eines entsprechenden Sachkundenachweises⁶⁵⁾ und bei persönlicher Zuverlässigkeit des Unternehmers oder des Unternehmensleiters erteilt wird. Im weiteren Sinne kann dem medizinisch-technischen Fachhandel aber auch der Handel mit freiverkäuflichen Arzneimitteln (§§ 50 f. AMG) zugerechnet werden, wie er - meist zusammen mit Lebensmitteln, Artikeln der Körperpflege und anderen Waren des

63) Eine Ausnahmewilligung kommt nur in Betracht, wenn die Ablegung der Meisterprüfung eine "unzumutbare Belastung" darstellen würde und "der Antragsteller die zur selbständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweist" (§ 8 Abs. 1 HandwO)

64) Vgl. §§ 3 f. des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel v. 5.8.1957 (BGBl I S. 1121) i.V. mit Art. 9 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrechts (AMRG) vom 24.8.1976, BGBl I S. 2445

65) Vgl. dazu § 1 Abs. 2 der VO über den Nachweis der Sachkunde für den Einzelhandel vom 4.3.1960 (BGBl I S. 172) i.V. mit Art. 9 Nr. 4 AMRG; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Sachkundenachweises bei "ärztlichen Hilfsmitteln": BVerfGE 19, 330

täglichen Bedarfs - durch Drogerien⁶⁶⁾, Reformhäuser und Kaufhäuser, aber auch im Reisegewerbe erfolgt. Von wenigen Ausnahmen abgesehen ist auch der Einzelhandel mit Arzneimitteln nur aufgrund eines Sachkundenachweises gestattet (§ 50 Abs. 1, 3 AMG)⁶⁷⁾.

c) Apotheker

Als einziger akademischer Beruf im Sachleistungsbereich, nämlich was die Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln betrifft, ist schließlich der Apotheker zu nennen. Gem. § 1 BApO ist er dazu berufen, die Bevölkerung ordnungsgemäß mit Arzneimitteln zu versorgen. Er bedarf hierzu gem. § 2 BApO der Approbation als Apotheker. Die Arzneimittelversorgung selbst geschieht im Rahmen der Apotheke (§ 43 Abs. 1, Abs. 3 AMG), zu deren Betrieb gem. § 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen⁶⁸⁾ (ApG) eine Betriebserlaubnis erforderlich ist, die nur Apothekern unter den Voraussetzungen der §§ 2, 9 Abs. 2 ApG erteilt wird. Das Berufsbild des selbständigen Apothekers weist so eine Doppelnatur⁶⁹⁾ auf: Einerseits ist er wegen der Natur der Apotheke als Einzelhandelsgewerbe i. S. des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB Gewerbetreibender und Vollkaufmann⁷⁰⁾, andererseits ist er Angehöriger eines "freien (Heil-) Berufs"⁷¹⁾. Trotz der Tatsache, daß heute weitgehend Fertigarzneimittel der pharmazeutischen Industrie deren Herstellung in der Apotheke ver-

66) Bei Drogerien beläuft sich der Anteil der freiverkäuflichen Arzneimittel am Gesamtumsatz durchschnittlich derzeit nur noch auf 11 bis 12 % (vgl. SZ Nr. 61 vom 15.3.1982, S. 21)

67) Vgl. dazu: Verordnung über den Nachweis der Sachkenntnis im Einzelhandel mit freiverkäuflichen Arzneimitteln vom 20.6.1978 (BGBl I S. 753)

68) vom 20.8.1960 (BGBl I S. 697)

69) Vgl. BVerfGE 5, 25 (29 f.); 7, 377 (398)

70) Vgl. Schiedermaier-Pieck, Apothekengesetz, § 1 Anm. 141 f.

71) Vgl. BVerfGE 17, 232 (239) und oben Abschnitt D II 1 b) bb) (1) (S. 128 ff.)

drängt haben, ist nämlich der Beruf des selbständigen Apothekers nach wie vor von der Verrichtung persönlicher Dienste geprägt, die von der Beratung des Kunden bis zu seiner Mitwirkung bei der Kontrolle des Betäubungsmittelverkehrs reichen. Da im humanmedizinischen Bereich die meisten (echten und fiktiven) Arzneimittel i. S. des § 2 AMG der Apothekenpflicht unterliegen, mithin nur in Apotheken an den Verbraucher abgegeben werden dürfen (§ 43 Abs. 1 AMG) und dies auch für die an sich von der Apothekenpflicht ausgenommenen "freiverkäuflichen" Arzneimittel (§ 50 Abs. 1 AMG) gilt, wenn sie - was faktisch die Regel sein dürfte - ärztlich oder zahnärztlich verschrieben (verordnet) sind (§ 43 Abs. 3 AMG)⁷²⁾, kann auch heute noch von einem "natürlichen Monopol"⁷³⁾ der Apotheke in der Arzneimittelversorgung gesprochen werden. Dies gilt umso mehr für den Bereich der GKV mit ihrem engeren⁷⁴⁾ Arzneimittelbegriff, denn die gemäß § 44 AMG oder aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 45 AMG von der Apothekenpflicht ausgenommenen und daher, falls auch keine Ausweitung der Apothekenpflicht nach § 46 AMG erfolgt ist, an sich "freiverkäuflichen" Arzneimittel dienen teils nicht der Behandlung von Krankheiten und kommen daher nicht als Kassenleistung in Betracht, werden aber, sofern dies noch der Fall ist und es sich dabei nicht ohnehin um "Bagatell-Arzneimittel" handelt (§ 182 f RVO, § 16 a KVLG), in der Praxis zumindest auf ärztliche oder zahnärztliche Verschreibung bezogen, was wie gesagt, wiederum deren Apothekenpflicht begründet (§ 43 Abs. 3 AMG). Für den sonstigen Arzneimittel-Einzelhandel, wie er traditionell hauptsächlich von

72) Damit soll in jedem Fall die Abgabe des verschriebenen Präparats sichergestellt werden, denn dem Apotheker ist es gem. § 10 Abs. 4 Apothekenbetriebsordnung vom 7.8.1968 (BGBl I S. 939), zuletzt geändert durch VO vom 11.8.1980 (BGBl I S. 1267) untersagt, zu substituieren (vgl. dazu Sander/Scholl, § 43 AMG, Anm. 9)

73) BVerfG 7, 377 (431)

74) Vgl. dazu oben Abschnitt C II 2 a) aa) (S. 92 ff.)

Drogerien wahrgenommen wird, bleiben also im Ergebnis kaum noch Arzneimittel übrig, die er im Rahmen der GKV abgeben könnte. Die Rolle der Drogerien und anderer vergleichbarer Arzneimittelabgabestellen hat sich demnach entscheidend gewandelt: Während die Krankenkassen dem sonstigen Arzneimittel-Einzelhandel vor allem in der Weimarer Zeit eine bedeutende Versorgungsfunktion zugeordnet hatten, indem sie auf diesen sowie auf kasseneigene Abgabestellen weitgehend die Versorgung mit nicht-apothekenpflichtigen Arzneimitteln konzentrierten (Spaltung der Arzneimittelversorgung!)⁷⁵⁾, sind Lieferbeziehungen mit Drogerien und dgl. in der heutigen Zeit "ungewöhnlich"⁷⁶⁾. Auch ist der sonstige Arzneimittel-Einzelhandel heute zu seiner Existenzfähigkeit nicht mehr auf die Kassenbelieferung angewiesen, da freiverkäufliche Arzneimittel in seinem Sortimentsrahmen ohnehin nur eine untergeordnete Rolle spielen⁷⁷⁾.

75) Vgl. Zacher, Festschrift für Liefmann-Keil, S. 201 (218); ders., Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 73

76) Peters, a.a.O., § 375 RVO, Anm. 5 (S. 17/1892-11-)

77) Vgl. oben Fn. 66 (S. 140)

E) Die Bereitstellung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen in der GKV

I. Der Sicherstellungsauftrag der Krankenkassen

Die Verwirklichung des Naturalleistungsprinzips als dem grundlegenden Strukturprinzip des Leistungsrechts der GKV¹⁾ setzt - abgesehen von den Fällen ausnahmsweiser Kostenerstattung -²⁾ zwingend organisatorische Vorkehrungen voraus, damit dem Versicherten bei Eintritt der Bedarfslage die ihm gesetzlich zugesagte Dienst- oder Sachleistung zur Verfügung steht. Die genannten Leistungen sind somit "sicherzustellen", d. h. sie sind zu beschaffen, um sie dann dem Versicherten im Bedarfsfall zu verschaffen. Anders als das im Kassenarztrecht (§§ 368 ff. RVO) angelegte "integrierte indirekte System"^{2 a)} der Sicherstellung ärztlicher und zahnärztlicher Leistungen, das schon lange in § 368 n RVO einen ausdrücklichen Sicherstellungsauftrag (der Kassenärztlichen Vereinigungen) enthält, ist die Bereitstellung natürlicher nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen im Gesetz weitgehend als Stiefkind behandelt. Nirgendwo zeigt sich die Unvollkommenheit des Rechts der GKV deutlicher als im Bereich der Leistungsverschaffung³⁾. Insoweit ist es nahezu unverändert bei den lückenhaften und verstreuten Regelungen in den §§ 371 ff., in § 407 Abs. 1 Nr. 2 und in § 414 e Buchst. c) RVO verblieben. Immerhin hat das I. Buch des Sozialgesetzbuchs vom 11.12.1975 einen allgemeinen Sicherstellungsauftrag statuiert, indem der in I § 1 Abs. 2 SGB für den gesamten Sozialleistungsbereich geäußerte Leitgedanke "rechtzeitig(er)" und "ausreichend(er)" Leistungsbereitstellung in der Einzel-

1) Vgl. dazu oben Abschnitt A III 1 (S. 18 ff.)

2) Vgl. dazu oben Abschnitt A III 2 a) (S. 23 ff.)

2 a) Weidner, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 72 (81)

3) Vgl. auch Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?, S. 19

sungsvorschrift des I § 17 Abs. 1 SGB präzisiert und zu einer generellen Verpflichtung der Sozialleistungsträger verdichtet wurde. Als Leistungsträger i. S. des I § 12 i. V. mit I § 21 Abs. 2 SGB haben die Krankenkassen danach "darauf hinzuwirken, daß

1. jeder Berechtigte die ihm zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und schnell erhält,
2. die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen und
3. der Zugang zu den Sozialleistungen möglichst einfach gestaltet wird".

Mit der darin zum Ausdruck kommenden Garantenrolle der Krankenkassen hat zwar das Naturalleistungsprinzip der GKV die erforderliche normative Abrundung erfahren, freilich, ohne daß sich das Gesetz außerhalb des Kassenarztrechts eindeutig darauf festgelegt hat, ob die beanspruchbaren Leistungen nun - entsprechend internationaler Nomenklatur^{3 a)} - "direkt" von den Kassen selbst (Selbstabgabe) oder "indirekt" über dritte Leistungserbringer (Fremdabgabe) erbracht werden können.

II. Die Leistungssicherstellung durch Dritte (Fremdabgabe) als faktische Regel

Unbeschadet der Frage, ob und inwieweit die Krankenkassen Dienst- und Sachleistungen den Versicherten unmittelbar durch Eigeneinrichtungen verschaffen dürfen^{3 b)}, ist in der Praxis die Leistungsbereitstellung über Dritte im Vertragswege seit jeher die Regel.

3 a) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 77; der britische National Health Service etwa basiert prinzipiell auf dem "direkten System"; vgl. a.a.O., S. 77, 79

3 b) Vgl. dazu unten Abschnitt III (S. 205 ff.)

1. Zur historischen Entwicklung der vertraglichen Leistungssicherstellung durch Dritte⁴⁾

a) Die Rechtslage nach dem Arbeiter-Krankenversicherungsgesetz (1883)

Bereits § 46 Abs. 1 Nr. 2 KVG ermächtigte die Krankenkassenverbände zur "Abschließung gemeinsamer Verträge mit Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern". Die Novelle vom 10.4.1892^{4) a)} berechnete die Krankenkassen vorzuschreiben, "daß die ärztliche Behandlung, die Lieferung der Arznei und die Verpflegung nur durch bestimmte Ärzte, Apotheken und Krankenhäuser zu gewähren sind und die Bezahlung der durch Inanspruchnahme anderer Ärzte, Apotheken und Krankenhäuser entstandenen Kosten, von dringenden Fällen abgesehen, abgelehnt werden kann" (§§ 6 a Abs. 1 Nr. 6, 26 a Abs. 2 Nr. 2 b KVG). Damit wurde eine Beschränkung der freien Wahl der Leistungserbringer zugelassen. Andererseits war die Aufsichtsbehörde für den Fall, daß die Krankenkasse ihrer Sicherstellungspflicht nicht nachkam, befugt, im Wege der Ersatzvornahme Verträge - insbesondere mit Ärzten - abzuschließen (§ 45 Abs. 1 und 5 KVG). Darüber hinaus konnte die höhere Verwaltungsbehörde auf Versicherteninitiative anordnen, daß die ärztliche Behandlung noch durch andere, als den von der Kasse bestimmten Ärzte zu gewähren war, wenn deren Zahl zur notwendigen Versorgung der Versicherten nicht genügte (§ 56 a KVG). Von diesen Änderungen abgesehen, erweiterte die Novelle die Kompetenz der Kassenverbände zum Abschluß von Verträgen auf "Lieferanten von Heilmitteln und anderer Bedürfnisse der Krankenpflege" (§ 46 KVG) und beschnitt energisch die ursprünglich für Hilfskassen bestehende Möglichkeit pauschaler Abfindung anstelle der Sachleistung (§ 75 KVG).

4) Vgl. zum Ganzen ausführlich Zacher, Festschrift für Liefmann-Keil, S. 201 ff.; ders., Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 66 ff.

4 a) RGB1 S. 379

b) Die (ursprüngliche) Rechtslage nach der Reichsversicherungsordnung

Die Reichsversicherungsordnung in ihrer Fassung vom 19.7.1911⁵⁾ widmete dem "Verhältnis (der Krankenkassen) zu Ärzten, Zahnärzten, Krankenhäusern und Apotheken" im Vierten Abschnitt des Zweiten Buchs einen eigenen Titel (§§ 368 - 376) und ermächtigte die - freiwilligen - Verbände der gesetzlichen Krankenkassen, "für die (ihnen) angeschlossenen Kassen" "Verträge mit Ärzten, Zahnärzten, Zahn Technikern, Apothekenbesitzern und -verwaltern oder anderen Arzneimittelhändlern, Krankenhäusern sowie über Lieferung von Heilmitteln und anderen Bedürfnissen der Krankenpflege vor(zu)bereiten oder ab(zu)schließen" (§ 407 Nr. 2⁶⁾). Es verblieb damit im wesentlichen bei dem früheren Rechtszustand: Das Zusammenwirken zwischen Krankenkasse bzw. Kassenverband einerseits und den zur Leistungserbringung zugelassenen Leistungsanbietern gestaltete sich weiterhin auf der Grundlage privatrechtlicher Einzelvereinbarungen und nach wie vor hatten die Kassen das Recht, ihre Versicherten in der freien Wahl der Leistungserbringer zu beschränken (§§ 369, 371, 375 RVO a. F.).

2. Die Sonderentwicklung bei Ärzten, Zahnärzten, Hebammen und Krankenhäusern

Die Sicherstellung der Dienstleistungen der Ärzte, Zahnärzte und Hebammen sowie der stationären Krankenhausleistungen wurde allerdings im Lauf der Zeit in andere Bahnen gelenkt.

5) RGBI S. 509

6) jetzt: § 407 Abs. 1 Nr. 2

a) Die Sicherstellung der ärztlichen Behandlung

Der Anfang hierzu wurde schon bald nach Inkrafttreten der Reichsversicherungsordnung im Bereich der ärztlichen Leistungen gemacht. Nachdem sich die Ärzte wegen der von ihnen als diskriminierend empfundenen Beschränkung der freien Arztwahl - mit all ihren wirtschaftlichen Folgen für die nicht zur Versorgung von Kassenpatienten zugelassenen Ärzte - zunächst in lokalen Ärztevereinen zusammengeschlossen hatten, um so den übermächtigen Krankenkassen ein einigermaßen solidarisches Gegengewicht entgegenzusetzen, organisierten sie sich ab 1900 im "Leipziger Verband"⁷⁾, der gegenüber den Kassen ausgesprochen gewerkschaftliche Zielsetzungen verfolgte⁸⁾. Seine primäre Forderung bestand darin, das Einzelvertragssystem zugunsten kollektiv-vertraglicher Vereinbarungen zwischen der organisierten Ärzteschaft und den Kassen abzulösen⁹⁾. Mit dem (privatrechtlichen) "Berliner Abkommen", das nach Androhung und Vorbereitung eines Generalstreiks¹⁰⁾ der Ärzteschaft im Jahre 1913 zustandekam, war dieses Ziel erreicht. Es war nicht nur der Beginn in der Verschiebung der Machtverhältnisse zugunsten der organisierten Ärzteschaft. Von nun an verlief auch die weitere Entwicklung der Beziehungen der Krankenkassen zu den Ärzten eigengesetzlich. Die erste gesetzeskräftige Ausgestaltung der

7) Vorläufer des heutigen "Hartmannbundes"

8) Vgl. dazu Peters, a.a.O., Teil II/3 § 368 RVO, Vorbem. II 1 (S. 17/1440)

9) Vgl. Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 131 ff.

10) Vgl. dazu Zacher, Der Ärztestreik als Rechtsproblem, ZSR 1966, S. 129 ff.

besonderen Beziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Ärzteschaft und damit die eigentlichen Anfänge des Kassenarztrechts¹¹⁾ brachte die "Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen"¹²⁾ und die "Verordnung über Ärzte und Krankenkasse"¹³⁾, beide vom 30.10.1923. Ein Reichsausschuß mit Richtlinienkompetenz, Landes- und Vertragsausschüsse und ein Reichsschiedsamt bildeten das Grundgerüst einer gemeinsamen Selbstverwaltung der Krankenkassen und der kassenärztlichen Organisationen. Zwar herrscht noch der privatrechtliche Einzeldienstvertrag vor. In der Folgezeit allerdings verschiebt sich in Anlehnung an die damalige Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts das Gewicht mehr und mehr auf das kollektivvertragliche Element im Kassenarztrecht, indem die "Sozialpartner"¹⁴⁾ Mantel- bzw. Gesamtverträge aushandelten, die - wie Tarifverträge - einen normativen und einen schuldrechtlichen Teil enthielten und gleichmäßige, angemessene Tätigkeitsbedingungen für die zur Kassenbehandlung zugelassenen Ärzte schufen. Das "Erste Gesetz zur Abänderung des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung" vom 22.5.1926¹⁵⁾ qualifizierte die Zulassung des Arztes zur Kassenpraxis als Verwaltungsakt. Die Zulassung war dabei Voraussetzung für den Abschluß eines

11) Der Begriff "Kassenarzt" ist freilich älter; er tauchte schon in § 24 Abs. 1 Satz 1 des "Entwurfs eines Statuts einer Orts-Krankenkasse" vom 14.3.1884 auf (Nachtrag zu Nr. 12 des Central-Blatts für das Deutsche Reich 1884)

12) RGBI 1923 I S. 1054

13) RGBI 1923 I S. 1051

14) Herder-Dorneich, Analyse der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 39 ff.; BKK 1964, Sp. 473 (481)

15) RGBI I S. 243

(weiterhin) privatrechtlichen Einzeldienstvertrages zwischen Arzt und Kasse. Der entscheidende Schritt zur kollektivvertraglichen Ausgestaltung des Kassenarztsystems wurde jedoch mit der 4. Notverordnung vom 8.12.1931¹⁶⁾, mit der Vertrags- und Zulassungsordnung vom 30.12.1931¹⁷⁾ sowie mit der Neufassung der §§ 368 ff. RVO durch die "Verordnung über kassenärztliche Versorgung" vom 14.1.1932¹⁸⁾ getan: Dreh- und Angelpunkt des neuen Kassenarztrechts war der Gesamtvertrag, den die neugeschaffenen Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen aushandelten und zu dem der einzelne Arzt nur noch seinen Beitritt zu erklären brauchte, um mit der Krankenkasse in individual-vertragliche Rechtsbeziehungen zu treten¹⁹⁾. Wandte sich ein Versicherter an einen solchen Arzt, so kam damit ein Rechtsverhältnis zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zustande, das den Kassenarzt verpflichtete, den Versicherten zu Lasten der Krankenkasse ärztlich behandeln und das umgekehrt dem Versicherten einen unmittelbaren Behandlungsanspruch gegen den (Kassen)Arzt vermittelte²⁰⁾. Die Ablösung der individualvertraglichen privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Krankenkasse zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Kassenarztsystems wurde schließlich in der nationalsozialistischen Ära vollzogen²¹⁾. Der einzelne Kassenarzt war nun nicht mehr

16) RGBl I S. 699

17) RGBl I 1932, S. 2

18) RGBl I S. 19

19) Vgl. zum Ganzen: Palm, a.a.O., S. 1 ff.; Peters, a.a.O., Teil II/3, Vorbem. II 3 zu § 368 RVO (S. 17/1445 ff.)

20) Vgl. RGZ 165, 106

21) Vgl. im einzelnen die Quellenangaben bei Peters, a.a.O., Vorbem. II 6 vor § 368 RVO, (S. 17/1452)

gegenüber der Krankenkasse, sondern als deren Mitglied nur noch gegenüber der in dieser Zeit geschaffenen Kassenärztlichen Vereinigung Deutschlands verpflichtet, die ihrerseits kollektiv den Krankenkassen für eine ordnungsgemäße kassenärztliche Versorgung der Versicherten im Rahmen der Gesetze verantwortlich war. Damit war die Konstruktion geschaffen, auf der im wesentlichen auch das heutige öffentlich-rechtliche Kassenarztsystem nach dem "Gesetz über das Kassenarztrecht" (GKAR) vom 19. August 1955 beruht: Begibt sich der Versicherte in kassen(zahn)ärztliche Behandlung, so kommen auch hierdurch zwischen dem von ihm nach Maßgabe des § 368 d Absätze 1 bis 3 RVO frei gewählten Kassen-(zahn)arzt und der leistungspflichtigen Krankenkasse keine Rechtsbeziehungen zustande. Das kassen(zahn)ärztliche Behandlungsverhältnis wird vielmehr durch das Anspruchsgrundverhältnis zwischen dem Versicherten und seiner Krankenkasse, durch das Kollektivverhältnis zwischen der Krankenkasse (bzw. deren Landes- oder Bundesverband) und der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung (§ 368 n Abs. 1, § 368 g, § 368 f Abs. 1 RVO) und schließlich durch das Mitgliedschaftsverhältnis zwischen Kassen-(zahn)arzt und Kassen(zahn)ärztlicher Vereinigung (§ 368 a RVO) "vermittelt"²²⁾. Welche Rechtsqualität darüber hinaus das Verhältnis zwischen dem Kassen(zahn)arzt und dem zu behandelnden Versicherten hat, ob zwischen beiden überhaupt ein Vertragsverhältnis entsteht oder ob nur vertragsähnliche ("quasivertragliche"^{22a)} Beziehungen zustandekommen, ist umstritten²³⁾. Daß aber - wie auch immer geartete - Rechtsbeziehungen mit der tatsächlichen "Übernahme der Behandlung" zustandekommen, ist freilich schon deshalb nicht zweifelhaft, weil § 368 d Abs. 4 RVO hierdurch den Kassen(zahn)arzt gegenüber dem Kassenpatienten ausdrücklich "zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts" verpflichtet.

22) Bley, a.a.O.; Heinemann/Liebold, a.a.O., 5. Auflage, Teil A "Einführung in das Kassenarztrecht", Anm. 23, Rdnr. A 79 (S. A 39) spricht von einem "Fünfeckverhältnis"

22 a) Eberhardt, AcP 171, S. 239 (310)

23) Vgl. zum Meinungsstand: Jung, Das Recht auf Gesundheit, S. 129 ff.

b) Die Sicherstellung der zahnärztlichen Leistungen

Das Bereitstellungskonzept für zahnärztliche Leistungen weist entwicklungsgeschichtlich einige Besonderheiten gegenüber der Sicherstellung ärztlicher Leistungen auf. Dies hängt zum einen mit dem späten Aufkommen der Zahnmedizin als eigenständiger Wissenschaft zusammen, zum anderen damit, daß lange Zeit im wesentlichen nur schmerzhafteste Zahndefekte als Krankheit angesehen wurden, nicht aber der Zahnverfall (Karies), geschweige denn das Fehlen von Zähnen^{23a)}. Darauf braucht hier indes nicht näher eingegangen zu werden, weil zahnärztliche Leistungen spätestens seit dem GKAR nach dem gleichen Schema wie ärztliche Leistungen erbracht werden. Zu beachten sind jedoch die Eigenheiten des Kassen(zahn-)arztrechts, was die Versorgung mit zahnprothetischen Leistungen betrifft. Seit jeher nicht Natural-, sondern lediglich Zuschußleistung, war der Zahnersatz lange Zeit nicht Gegenstand der Sicherstellung nach Kassenarztrecht. Seine Beschaffung war vielmehr aufgrund der komplexen Rechtsnatur der Zahnprothetik allein Sache des Kassenzahnarztes im Rahmen des mit seinem Kassenpatienten geschlossenen Behandlungsvertrags²⁴⁾. Die Beschaffung geschieht dabei entweder über das praxiseigene Labor, einem zulässigen handwerklichen Nebenbetrieb²⁵⁾, oder aufgrund eines (weiteren) (Werk-)Vertrags über einen Betrieb des Zahntechnikerhandwerks. Der (Leistungs-) Beschaffungsweg lag so außerhalb der rechtlich gesicherten Einflußsphäre der Krankenkassen. Sie hatten den - je nach

23 a) Vgl. dazu näher Palm, a.a.O., S. 23 ff.; Braun in: Sozialrecht und Sozialpolitik, S. 123 ff. sowie oben Abschnitt A I 2 c (S. 9)

24) Vgl. dazu nochmals oben A III 2 b) aa) (S. 28 ff.)

25) Vgl. hierzu: BVerwG, NJW 1980, S. 1349; BGH, NJW 1980, S. 1337; kritisch zur Anfertigung von Zahnersatz und Zahnkronen im praxiseigenen Labor: Binz/Engels/Ohlroppe, Zahnärzte, Zahntechniker und Krankenkassen, S. 28 f.

Satzungsbestimmung - anfallenden prozentualen Zuschußbetrag zu berechnen und auszuzahlen, ohne bei der Preisbildung mitwirken zu können. Das KVKG brachte insofern grundlegende Änderungen, als es die besonders wichtigen Elemente der Vergütung und Rechnungslegung (§§ 368 f. Abs. 8, 368 g Abs. 5 und 5 a RVO) der freien Vereinbarung zwischen Kassenzahnarzt und Zahntechniker entzog und dem öffentlich-rechtlichen Regime kollektivvertraglicher Regelung (zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Zahntechniker-Innungen bzw. -Innungsverbänden) unterstellte. Diese Vereinbarungen sind für die Gesamtverträge über die kassenärztliche Versorgung verbindlich und außerdem schiedsamtstfähig (§§ 368 g Abs. 5 a Satz 3, 368 i Abs. 3 a RVO). Für die übrigen Regelungsbereiche gilt zwar weiterhin bürgerliches Vertragsrecht. Durch Vereinbarung zwischen den Kassenverbänden, den Kassenzahnärztlichen Vereinigungen und den Zahntechniker-Innungen oder -Innungsverbänden können die einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften jedoch mit bindender Wirkung für die Innungsmitglieder - Nichtmitglieder können beitreten - abbedungen werden (§ 368 Abs. 6 RVO). Mit dieser Konzeption ist der selbständige Zahntechniker als einziger Handwerksberuf im Gesundheitswesen - jedenfalls teilweise - in das öffentlich-rechtliche Kassenarztsystem inkorporiert worden. Zwar wird bereits angenommen, daß damit der Weg zu Kassenzahntechniker-Vereinigungen geebnet sein könnte²⁶⁾, wegen der komplexen Rechtsnatur der Zahnprothetik wären allerdings die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke anders nicht zu verwirklichen gewesen.

26) Vgl. Heinemann/Liebold, a.a.O., Rdnr. A 80 (S. A 40)

c) Die Sicherstellung der Hebammenhilfe

Spezieller (öffentlich-rechtlicher) Ordnung unterliegen auch die Beziehungen der Krankenkassen zu den niedergelassenen, d. h. freiberuflich tätigen Hebammen hinsichtlich der im Rahmen der Mutterschaftshilfe zu erbringenden Leistungen der Hebammenhilfe (§ 195 Nr. 1, § 196 Abs. 1 Satz 1, § 205 a Abs. 1 RVO; § 22 Nr. 1, § 23 Abs. 1 Satz 1, § 33 Abs. 1 Nr. 3 KVLG). Allein die Inanspruchnahme einer niedergelassenen Hebamme durch eine anspruchsberechtigte Schwangere vermittelt jener kraft Gesetzes gegen die leistungspflichtige Krankenkasse einen unmittelbaren Gebührenanspruch, dessen Höhe sich nach der aufgrund § 376 a Abs. 1 RVO (§ 76 Abs. 3 KVLG) erlassenen Verordnung über die von den Krankenkassen den freiberuflich tätigen Hebammen für Hebammenhilfe zu zahlenden Gebühren²⁷⁾ bemißt. Anders als bei privater Inanspruchnahme, die aufgrund eines bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages²⁸⁾ erfolgt, aufgrund dessen die Hebamme Gebühren nach der jeweiligen, auf der Grundlage des § 18 Hebammengesetz (HebG) erlassenen landesrechtlichen Gebührenordnung beanspruchen kann, bedarf es keiner besonderen Rechtsakte zur Begründung und Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen niedergelassenen Hebammen und Kassen. Die niedergelassene Hebamme ist vielmehr ipso iure zur Erbringung der Hebammenhilfe zu den Kassen zugelassen. Dies hat seinen guten Grund in folgendem: erstens ist der Anspruch auf (ordnungsgemäße) Hebammenhilfe nach den genannten Anspruchsgrundlagen bei Lichte besehen kein spezifisch krankenversicherungsrechtlicher, sondern ein allgemeiner, jeder Schwangeren zustehender Leistungsanspruch, den diese im Entbindungsfall ihrerseits

27) vom 27.12.1960, BGBl III 2124-2-2, zuletzt geändert durch VO vom 11.6.1982, BGBl I S. 686

28) Vgl. BGHZ 31, 25 (29)

wahrzunehmen verpflichtet ist (§§ 1, 3 HebG). Zum zweiten ist die Sicherstellung der Hebammenhilfe nicht Sache der Krankenkassen, sondern originäre Staatsaufgabe, die von den Ländern oder (in Bayern) von den Landkreisen und kreisfreien Städten²⁹⁾ wahrzunehmen ist. Und drittens unterliegt die selbständige Ausübung des Hebammenberufs dem strengen Regiment des öffentlichen Hebammen-Berufsrechts, das die Erteilung der Niederlassungserlaubnis von einem Bedürfnis abhängig macht (§ 10 HebG)³⁰⁾, das das Ausscheiden aus dem Beruf nach Erreichen der vorgesehenen Höchstaltersgrenze³¹⁾ vorschreibt (§ 5 HebG i. V. mit der VO vom 24.7.1963)³²⁾ und das die Berufsausübung dezidierten Berufspflichten nach den landesrechtlichen Dienstordnungen unterwirft (§ 17 HebG), ganz zu schweigen von der (auch) in der Mindesteinkommensgarantie für niedergelassene Hebammen (§ 14 HebG) zum Ausdruck kommenden öffentlichen Gewährträgerschaft für das Funktionieren der Hebammenhilfe. All das läßt keinen Raum für zusätzliche Regelungen im Leistungsveranschaffungsverhältnis der Hebamme zur Kasse, so daß es bei dem öffentlich-rechtlichen, vor den Sozialgerichten geltend zu machenden Gebührenanspruch verbleibt³³⁾. Als Kassenleistung ist die Hebammenhilfe zwar unzweifelhaft eine Naturalleistung, im Grunde richtet sich der Anspruch hierauf jedoch lediglich auf Freistellung von dem Gebührenanspruch der niedergelassenen Hebamme, da der Wöchnerin, wie gesagt, ohnehin ein Anspruch auf die Leistungen der Hebammenhilfe zusteht. Tatsächlich war der Anspruch ursprünglich nach § 195 a Abs.1 Nr. 2 RVO bis zu dessen Änderung durch das "Zweite Gesetz zur Abänderung des Zweiten

29) Vgl. Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 Bayer. Landkreisordnung (LKrO); Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Bayer. Gemeindeordnung i. V. mit Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 LKrO

30) Vgl. dazu BVerwGE 9, 334; OVG Berlin vom 2.6.1954, DVBl 1954, S. 561

31) Vgl. dazu BVerfGE 9, 338

32) BGBI I S. 503

33) Vgl. BGHZ 31, 25 (28 ff.); BSGE 10, 260 (262)

Buches der Reichsversicherung" vom 9.7.1926³⁴⁾ allein auf einen Pauschbetrag gerichtet, mit dem die "Kosten der Entbindung" abgegolten wurden. Zur direkten Zuleitung des Gebührenanspruchs an die Hebamme und damit zur heutigen Regelung hat sich der Gesetzgeber nur deshalb veranlaßt gesehen, weil in der damaligen Zeit Wöchnerinnen den Pauschbetrag häufig nicht zur Begleichung der Gebührenforderung der Hebamme, sondern anderweitig verwendeten³⁵⁾.

d) Die Sicherstellung der (stationären) Krankenhauspflege

Durchwegs im Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarung gesichert wurde ursprünglich die Versorgung mit stationären Leistungen im Rahmen der Krankenhauspflege. Der Kassenvorstand konnte zwar per Kassensatzung ermächtigt werden, diese Leistungen, von "dringenden Fällen" abgesehen, nur durch "bestimmte Krankenhäuser" zu gewähren, das Auswahlrecht der Kassen war jedoch beschränkt, weil die Krankenhäuser öffentlicher und gemeinnütziger Träger, die zur Leistungserbringung bereit waren, "nur aus einem wichtigen Grunde mit Zustimmung des Oberversicherungsamts (von der Leistungserbringung für die Kasse) ausgeschlossen werden" konnten (§ 371 RVO i. d. F. von 1911). Die Änderung des § 371 Abs. 2 RVO durch die Novelle vom 14.8.1933³⁶⁾ dehnte das Privileg dieser Krankenhausträger hinsichtlich der Auswahl auf alle anderen Krankenhausträger aus, welche die Gewähr für ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung zu angemessenen Bedingungen boten. Im Ergebnis bedeutete dies einen weitgehenden Kontrahierungszwang für die Krankenkassen. Die Neufassung des § 371 RVO durch das KVKG (1977) brachte schließlich die gesetzliche Verpflichtung

34) RGBI I S. 407

35) Vgl. Verhandlungen des Reichstags III. Wahlperiode 1924, Band 390 S. 7737 C - 7738 D und Band 409, Drs. 2481

36) RGBI I S. 581

der Kassen, die Krankenhauspflege "durch die Hochschulkliniken sowie" - korrespondierend mit den Zielsetzungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG)³⁷⁾ - durch "die Krankenhäuser zu gewähren, die in den Krankenhausbedarfsplan aufgenommen sind oder die sich gegenüber den Krankenkassen hierzu bereit erklärt haben". Während die Hochschulkliniken und die Bedarfsplan-Krankenhäuser kraft Gesetzes zu den Kassen "zuge-lassen" sind - insoweit ist lediglich strittig, ob der Kontrahierungszwang ein beidseitiger ist, also auch die Träger dieser Krankenhäuser gegenüber den Kassen verpflichtet³⁸⁾ -, ist die Heranziehung der nicht in den Bedarfsplan aufgenommenen sog. Vertrags-Krankenhäuser davon abhängig, daß ihre Träger gegenüber den Krankenkassen eine entsprechende Bereiterklärung abgegeben haben und diese von den Landesverbänden der Krankenkassen angenommen oder innerhalb einer Dreimonatsfrist nicht abgelehnt wurde. Annahme und Ablehnung bedürfen dabei der Zustimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde und sind davon abhängig, ob das "Vertrags-Krankenhaus" Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit wirtschaftliche Krankenhauspflege bietet und ob es mit den Zielen des Krankenhausplans in Einklang steht (§ 371 Abs. 1, Abs. 2 RVO)³⁹⁾. Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Rechts-

37) vom 29.6.1972 (BGBl I S. 1009), zuletzt geändert durch das Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz vom 22.12.1981 (BGBl I S. 1568)

38) bejahend: Peters, a.a.O., Teil II/3, § 371 RVO, Anm. 4 b, verneinend: Zuck, NJW 1979, S. 590

39) Strittig ist die Rechtsnatur von Annahme und Ablehnung; für zivilrechtliche Willenserklärung: Zuck, a.a.O., und offenbar auch Krauskopf, a.a.O., § 371 RVO, Anm. 2; für öffentlich-rechtliche Qualifikation: Andreas, NJW 1979, S. 2344; Barnewitz, NJW 1980, S. 1891; nach BSGE 51, 126 (129) ist die Ablehnung ein Verwaltungsakt, während die Annahme einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet

beziehungen zwischen Kassen und den kraft Gesetzes oder durch besonderen Rechtsakt herangezogenen Krankenhausträgern - unter diesen Krankenhäusern kann der Versicherte frei wählen (§ 184 Abs. 2 Satz 1 RVO, § 17 Abs. 2 Satz 1 KVLG) - sind gemäß § 372 Abs. 1 RVO, § 76 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 74 Abs. 2 KVLG Rahmenverträge zwischen den Kassenverbänden und den Krankenhausträgern bzw. deren Verbänden mit dem Mindestinhalt des § 372 Abs. 2 RVO zu schließen; die Bundesverbände der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft sollen hierzu "Rahmempfehlungen" abgeben (§ 372 Abs. 7 RVO). Bei alledem nicht regelbar ist allerdings die Pflegesatzhöhe. Die Pflegesatzfestsetzung nach den Regeln des Krankenhausfinanzierungsgesetzes⁴⁰⁾ und der Bundespflegesatzverordnung⁴¹⁾ hat sich vielmehr der Staat durch seine Behörden selbst vorbehalten (§ 18 Abs. 1 Satz 1 KHG).

3. Die Sicherstellung der sonstigen (nichtärztlichen) Dienst- und Sachleistungen: Grundsätzliche Aspekte der herrschenden Sicherstellungspraxis

In Rede stehen hierbei namentlich Apotheken, die Erbringer bzw. Lieferanten von Heil- und Hilfsmitteln sowie die Träger der Sozial- und Rettungsdienste. Überlegungen Herder-Dorneichs, das Sicherstellungsmodell des Kassenarztrechts auch auf den Bereich nichtärztlicher Leistungen zu übertragen und etwa "Kassen-Apothekerliche-Vereinigungen"⁴²⁾ oder - im Krankenhausbereich - "Krankenhaus-Kassenärztliche-Vereinigungen" und "Krankenhaus-Schwesterliche-Vereinigungen"^{42a)} zu schaffen, haben keine Resonanz gefunden. So ist es insoweit nahezu unverändert bei den wenigen gesetzgeberischen Vorhaben verblieben, die sich schon in der Erfassung der Reichsversicherungsordnung

40) Vgl. Fn. 37 (S. 156)

41) vom 25.4.1973 (BGBl I S. 333, ber. S. 419); zuletzt geändert durch VO vom 22.5.1979 (BGBl I S. 583)

42) Vgl. Pharmazeutische Zeitung 1982, S. 2719

42 a) Vgl. Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, S. 28 (35, 38)

fanden. Abgesehen von den speziell die Arzneimittelversorgung durch Apotheken betreffenden Vorschriften in den §§ 375 f. RVO, hat erst mit dem KVEG (1981) eine die Heil- und Hilfsmittelversorgung betreffende Regelung (§ 376 d) Aufnahme in die RVO gefunden⁴³⁾. Eine wesentliche Änderung der jahrzehntelangen stillschweigenden Vertragspraxis, die sich ersichtlich am System des frühen, noch nicht öffentlich-rechtlich ausgerichteten Kassenarztrechts orientiert hat und dabei weitgehend stehen geblieben ist, hat sich dadurch allerdings kaum ergeben.

a) Kollektivvereinbarungen

Zentrales Sicherstellungsinstrument ist hier nach wie vor der Rahmenvertrag, sofern Leistungen über eine unbestimmte Vielzahl potentieller Leistungserbringer sichergestellt werden sollen. Der Fall ist dies hauptsächlich auf dem Arznei-, Heil- und Hilfsmittelmarkt, auf dem im Unterschied zu den verhältnismäßig wenigen Trägerorganisationen der Sozial- und Rettungsdienste Tausende und Abertausende von Anbietern - Apotheken, einschlägige Handwerksbetriebe, selbständig tätige Angehörige der Heilhilfs- bzw. -ergänzungsberufe - zur Verfügung stehen. Rahmenvereinbarungen sind insofern nicht nur administrativ von Vorteil. Ihre wesentliche Bedeutung liegt vor allem in ihrer markt- und interessenausgleichenden Funktion in den Beziehungen der nachfragenden Krankenkassen zur Leistungsanbieterseite.

43) Auch das X. Buch des SGB enthält entgegen der Überschrift seines 3. Kapitels "Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten" keine Regelungen über die Beschaffung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen

Insbesondere soll in den Vergütungsvereinbarungen, oft erst nach langwierigen Verhandlungen zustandegekommen, der "Gleichgewichtspreis"⁴⁴⁾ zum Ausdruck kommen. Unübersehbar ist dabei freilich, daß die Verhandlungsposition der zersplitterten, untereinander in Wettbewerb stehenden und aufgrund der unterschiedlichen Versichertenstrukturen mit ungleichen Risiken belasteten Kassen (Orts-, Betriebs-, Innungs-, Landwirtschaftliche Krankenkassen, Bundesknappschaft, Seekasse, Ersatzkassen) im Vergleich zu den in der Regel von jeweils einer einzigen Interessenvertretung repräsentierten Leistungsanbietern die schwächere ist^{44 a)}. Vordergründig betrachtet, läßt sich eine Verwandtschaft der kollektiven Rahmenverträge mit dem Tarifvertragsregiment des kollektiven Arbeitsrechts nicht leugnen. So spricht etwa Herder-Dorneich⁴⁵⁾ in Anlehnung an den dortigen Begriff der "Tarifpartner" hier von den "Sozialpartnern". Auch sind die fraglichen Rahmenverträge inhaltlich so gestaltet, als setzten sie neben obligatorischen Regeln - z. B. über die Kündigung des Rahmenvertrages oder die Einrichtung und Anrufung von Einigungs- bzw. Schlichtungsausschüssen - auch Normen mit Wirkung für den einzelnen Leistungsanbieter. Tatsächlich allerdings sind die materiellen Unterschiede zwischen beiden Vertragstypen gravierend: Zum einen fehlt den in Rede stehenden Kollektivvereinbarungen mangels gesetzlicher Grundlage die "Tarifbindung", wie dies bei Tarifverträgen aufgrund § 3 TVG der Fall ist. Zum anderen kann ihnen, wiederum wegen fehlender gesetzlicher Absicherung, im Unterschied zum Tarifvertrag (§ 1 TVG) keine normative Wirkung zukommen. Damit

44) Vgl. Herder-Dorneich, a.a.O.; BKK 1964, Sp. 473 (482)

44 a) Vgl. Hugger, Handlungsspielraum und Entscheidungsfähigkeit des politisch administrativen Systems der Bundesrepublik Deutschland untersucht am Beispiel des Gesundheitswesens, S. 44: Dem "Anbietermonopol" steht das "Nachfrageroligopol" (der Krankenkassen) gegenüber.

45) BKK 1964, Sp. 473 (481)

unterscheiden sich die fraglichen Vereinbarungen auch von den Gesamtverträgen des Kassenarztrechts, die kraft gesetzlicher Ermächtigung in § 368 g RVO - wie Tarifverträge - fraglos einen obligatorischen und einen normativen Teil enthalten⁴⁶⁾. Man wird deshalb die genannten Vereinbarungen als atypische Verträge (§ 305 BGB) ansehen müssen, in dem sich einerseits die Kassenseite verpflichtet, (zunächst) die dem vertragschließenden Berufsverband angehörenden Mitglieder unter den festgelegten Konditionen zur Leistungsverschaffung zuzulassen, wenn diese es wünschen, andererseits der Berufsverband als kollektiver Interessenwahrer sich u. a. verpflichtet, bei der Heranziehung des einzelnen Leistungsanbieters fachlich-beratend, ggf. auch bei der Durchsetzung der sich aus dem Rahmenvertrag für ihre zur Leistungserbringung zugelassenen Mitglieder ergebenden Pflichten mitzuwirken, insbesondere aber die ausgehandelten Vergütungen für die zu erbringenden Leistungen als verbindlich anzuerkennen.

aa) Die Vertragspartner auf der Kassenseite

Partner kollektiver Rahmenvereinbarungen sind auf Kassenseite entweder Kassen(zweck)verbände i. S. des § 406 RVO, die zum Abschluß solcher Verträge im eigenen Namen mit bindender Wirkung für die ihnen angehörenden Kassen ermächtigt sind (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO) oder - das ist die Regel - die Landesverbände der Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen (§ 414 e Satz 2 lit. c RVO) bzw. der Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen (§ 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KVLG) sowie die in Form eines eingetragenen Vereins wirkenden Verbände der Ersatzkassen. Die von den letztgenannten Verbänden abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen binden die jeweiligen Mitgliedskassen allerdings nur aufgrund einer von ihnen erteilten, nunmehr auch in § 376 d Abs. 2 Satz 1 RVO erwähnten Abschluß-

46) Vgl. Hess/Venter, Kassenarztrecht,
Band I, § 368 g, Anm. I 4

vollmacht oder aufgrund eines von ihnen im Nachhinein erklärten Vertragsbeitritts⁴⁷⁾ oder - im Fall der Ersatzkassenverbände -, wenn ihnen kraft Satzung eine entsprechende Abschlußkompetenz zusteht (§ 525 a Abs. 2 RVO). Anders als im Kassenarztrecht, für dessen gesamtvertragliche Regelungsbereiche die Rechtsprechung⁴⁸⁾ den Bundes- und Landesverbänden der Krankenkassen unter Hinweis auf § 368 g Abs. 2 Satz 1 RVO eine Ordnungsfunktion dergestalt zuweist, daß sich die einzelne Krankenkasse nur im Fall unzumutbarer Härte dem Anschluß an eine Gesamtvereinbarung entziehen kann, besteht hier für die Krankenkassen - abgesehen von dem Sonderfall der Ersatzkassen - Beitrittsfreiheit⁴⁹⁾. Freilich wird eine Kasse vom Vertragsbeitritt allenfalls dann absehen, wenn es ihr gelingt, für ihren Bereich Preisvereinbarungen - immerhin das Kernstück von Rahmenvereinbarungen - auszuhandeln, die unterhalb der als Höchstpreise geltenden Preisvereinbarungen der Rahmenverträge liegen (§ 376 d Abs. 2 Satz 3, Abs. 3; § 525 c Abs. 4 Satz 2 RVO; § 76 Abs. 4 KVLG).

bb) Die Vertragspartner auf der Leistungserbringerseite

§ 376 c RVO spricht von "Verbänden" und "sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer". Angesprochen ist damit eine ganze Palette öffentlich- oder privatrechtlich organisierter Berufsvertretungen, deren Hauptzweck ganz allgemein die Förderung der Interessen des jeweiligen Berufszweigs ist. Aufgrund ihres Selbstverständnisses verfolgen sie dabei auch das legitime Interesse, das Ansehen des repräsentierten Berufsstandes im Sinne seiner Selbsteinhaltung zu wahren. Das zeigt sich namentlich in der Disziplinargewalt, die typischerweise jeder Berufsverband - sei er nun privat- oder öffentlich-rechtlich verfaßt, auf Zwangs- oder freiwilliger Mitgliedschaft beruhend - über seine Mitglieder hat. Dabei können je nach Verbandsrecht disziplinarische Sanktionen bis zum Ausschluß aus dem Verband

47) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 414 e RVO, Anm. 2.3

48) Vgl. BSGE 36, 151; LSG-Nordrh.-Westf., DOK 1975, S. 266 m. Anm. von Krauskopf

49) davon geht erkennbar auch die Amtl. Begr. zu § 376 d RVO (BR-Drs. 366/81, S. 14 f.) aus; unklar: Krauskopf, a.a.O.

reichen (vgl. etwa § 55 Abs. 2 Nr. 3 HandwO). Neben der Stärke des jeweiligen Verbandes - darauf kommt es allerdings nur bei "freien" Berufsverbänden an, insbesondere, wenn mehrere konkurrierende Verbände mit unterschiedlichem Repräsentanzgrad existieren - dürfte die Disziplinarmacht des jeweiligen Berufsverbandes über seine Mitglieder der maßgebliche Gesichtspunkt für die Kassen sein, mit ihm in rahmenvertragliche Beziehungen einzutreten. Denn gerade diese Disziplinarmacht bietet hinreichende Gewähr dafür, daß die Mitglieder des Berufsverbandes den Versicherten ordnungsgemäße Leistungen verschaffen. Und gerade dieser Umstand wiederum rechtfertigt das notwendige Vertrauen der Kassen in den jeweiligen Berufsverband, weil sie davon ausgehen können, daß auch der Berufsverband seine Mitglieder zur Erfüllung ihrer den Kassen gegenüber obliegenden Pflichten anhält.

Dennoch erreicht eine solche Organisation bei weitem nicht den Grad einer speziell auf die Leistungserbringung in der GKV bezogenen Bindung und Integration des Leistungserbringers, wie ihn das Kassenarztrecht in bezug auf Kassenärzte und Kassenzahnärzte bewirkt⁵⁰⁾.

Die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen haben kraft Gesetzes die Aufgabe, "die den Krankenkassen obliegende ärztliche Versorgung in dem in § 368 Abs. 2 (RVO) bezeichneten Umfang sicherzustellen und den Krankenkassen und ihren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, daß die kassenärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht" (§ 368 n Abs. 1 RVO). Damit korrespondierend haben sie "die Rechte der Kassen(zahn)ärzte gegenüber den Krankenkassen wahrzunehmen", "die Erfüllung der den Kassen(zahn)ärzten obliegenden Pflichten zu überwachen und die Kassen(zahn)ärzte nötigenfalls ... zu ihrer Erfüllung anzuhalten" (§ 368 n Abs. 2 Sätze 1 und 2 RVO).

Von alledem kann bei den fraglichen Berufsvertretungen nicht die Rede sein: Mangels gesetzlicher Zuweisung handeln sie hier weder in Wahrnehmung einer speziell auf die Belange der Kassenversorgung bezogenen Aufgabe, sondern lediglich aufgrund ihres

50) Vgl. Weidner, a.a.O., S. 84, 89 f.

allgemein-berufspolitischen Mandats, noch sind sie Adressaten eines entsprechenden Sicherstellungsauftrags. Dieser ist vielmehr im Bereich der ambulanten nichtärztlichen Leistungen, wie aus I § 17 SGB und dem Umkehrschluß aus § 368 n Abs. 1 RVO zu entnehmen ist, ungeschmälert bei den Kassen verblieben. Da hierüber die Kassen mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht verfügen können, scheidet eine rahmenvertragliche Übertragung des Sicherstellungsauftrags auf die in Rede stehenden Berufsverbände aus. Demzufolge entscheiden auch die Krankenkassen selbst über Erteilung und Widerruf der Zulassung des einzelnen nichtärztlichen Leistungsanbieters zur Leistungsveranschaffung, während über Erteilung, Ruhen, Entziehung bzw. Widerruf der Zulassung oder der Beteiligung von Ärzten und Zahnärzten zur bzw. an der kassen-(zahn)ärztlichen Versorgung von den Kassen und den Kassen(zahn)-ärztlichen Vereinigungen paritätisch besetzte Zulassungsausschüsse befinden (§ 368 b RVO; §§ 19, 26, 29, 34 ZO/Ärzte und ZO/Zahnärzte).

Insgesamt gesehen gehen daher den fraglichen Berufsvertretungen im Vollzug der Rahmenverträge autonome Gestaltungs- und Entscheidungsbefugnisse mit Wirkung für und gegen die Kassen ab. Abgesehen von ihrer generellen interessewahrenden Funktion beim Abschluß von Rahmenverträgen beschränkt sich so ihre Rolle außer ihrer verbandsdisziplinarischen Einwirkungsmacht auf die Mitglieder in fachlich-beratender Mitwirkung an den schon erwähnten statusbezogenen Akten.

Im einzelnen kommen als Rahmenvertragspartner der Krankenkassen folgende Berufsvertretungen in Betracht:

(1) Berufskammern

Für den Bereich der Arzneimittelversorgung sind zunächst die Landesapothekerkammern zu erwähnen. Sie sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen alle im jeweiligen Zuständigkeitsbereich berufsausübenden Apotheker als Zwangsmitglieder angehören und deren gesetzlich fixierte Aufgabe es u. a. ist, die "beruflichen Belange" der Apothekerschaft wahrzunehmen⁵¹⁾. Dazu gehört auch deren Interessenvertretung gegenüber den Krankenkassen.

51) Vgl. z. B. Art. 47 Abs. 1, Art. 40 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 (Bayer.) Kammergesetz (KdG)

(2) Innungen und Innungsverbände

Im Bereich der Sachleistungsversorgung mit Brillen, Heil- und Hilfsmitteln zu nennen sind sodann die Innungen (§§ 52 ff. HandwO), die ihrerseits im jeweiligen Landesinnungsverband, diese wiederum in einem Bundesinnungsverband zusammengeschlossen sind (§§ 79 ff., § 81 Abs. 1 HandwO). Im Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Handwerkskammern, denen die Angehörigen aller Handwerke als Zwangsmitglieder angehören und deren gesetzliche Aufgabe es u. a. ist, die Interessen des (Gesamt-) Handwerks zu fördern (§§ 90 f. HandwO), letztlich also wie die Heilberufskammern strukturiert sind, sind die Innungen - und je nach Satzungsbestimmung (§ 79 Abs. 3, § 85 Abs. 2 HandwO) auch die Innungsverbände - Verbände der selbständigen Handwerker des gleichen oder verwandten Handwerks auf der Basis freiwilliger Mitgliedschaft (§ 52 Abs. 1, § 58 Abs. 1 HandwO). Während aber die Innungen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (§ 53 HandwO), handelt es sich bei den genannten Innungsverbänden um juristische Personen des privaten Rechts (§ 80, § 85 Abs. 2 HandwO). Indem die allgemeine Aufgabe der Innungen und Innungsverbände darin besteht, "die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder" bzw. - bei den Innungsverbänden als freiwillige Aufgabe - die "wirtschaftlichen und sozialen Interessen der den Handwerksinnungen angehörenden Mitglieder (zu) fördern" (§ 52 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Satz 1, § 82 Satz 1, § 85 Abs. 2 HandwO) - in diesem Zusammenhang ist den Innungen und Innungsverbänden sogar die Tarifautonomie verliehen (§ 54 Abs. 3 Nr. 1, § 82 Satz 2, Nr. 3, § 85 Abs. 2 HandwO)⁵²⁾ - handelt es sich bei ihnen um die für die jeweiligen Handwerkszweige sach nächsten Interessenverbände. Die aus alledem folgende Kompetenz der in Betracht kommenden Innungen und Innungsverbände zum Abschluß entsprechender Kollektivvereinbarungen hat hinsichtlich der Zahntechniker in § 368 Abs. 6 und in § 368 g Abs. 5 a RVO sogar ausdrücklich Anerkennung durch den Gesetzgeber gefunden.

52) Vgl. dazu BVerfG, NJW 1966, S. 305

Rahmenvereinbarungen über handwerkliche Sachleistungen werden - soweit ersichtlich - meist mit dem jeweiligen Landesinnungsverband, teils aber auch mit dem Bundesinnungsverband abgeschlossen. Je größer nämlich die Organisationseinheit ist, desto höher ist der Wirkungsradius der jeweiligen Kollektivvereinbarung und damit auch die Gleichmäßigkeit der Belieferungsbedingungen, vor allem in Ansehung der vereinbarten Preise. Voraussetzung für den Abschluß entsprechender Rahmenverträge in Wahrnehmung der freiwilligen Kompetenzen nach § 82 Satz 1 (§ 85 Abs. 2) HandwO durch Innungsverbände ist freilich eine diesbezügliche Legitimation durch Satzungsvorschrift und/oder ggf. durch Beschluß des zuständigen Verbandsorgans (§§ 60, 82, 83 Abs. 2 Nr. 2, § 85 Abs. 2 HandwO).

(3) Privatrechtliche Berufsverbände

Privatrechtliche Berufsverbände sind als Vertragspartner der Krankenkassen vor allem im Bereich der von den Heilhilfsberufen erbringbaren nichtärztlichen Dienstleistungen anzutreffen. Solche Verbände treten nur noch in Gestalt der Apothekervereine als Partner bei den Apotheken-Rahmenvereinbarungen in Erscheinung. Das liegt vor allem daran, daß die Landesapothekerkammern insoweit ihr berufspolitisches Mandat nicht wahrnehmen. Bei den Heilhilfsberufen hingegen sind privatrechtliche Berufsvertretungen deshalb die alleinigen berufspolitischen Interessenverbände, weil es insoweit an jeglicher gesetzlich vorgesehenen Berufsverfassung und Berufsorganisation fehlt. Dementsprechend können in dem fraglichen Bereich auch nur diese Verbände als Partner kollektiv-vertraglicher Regelungen in Betracht kommen. Im Gegensatz zu den genannten Berufskammern, Innungen und Innungsverbänden handelt es sich bei den fraglichen Berufsverbänden um in Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 1 GG gebildete freiwillige Vereinigungen⁵³⁾, die

53) Vgl. Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 9 GG, Rdnrn. 66, 196 ff.

regelmäßig als Idealvereine⁵⁴⁾ organisiert sind und zu deren Zweck eben die Förderung der beruflichen Interessen ihrer Mitglieder gehört. Zwar könnte man Zweifel haben, ob eingetragene Berufsvereine unter diesem ideellen Aspekt zum Abschluß von Rahmenvereinbarungen legitimiert sind, da damit immerhin die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder gefördert werden, was dem bei eingetragenen Vereinen vorausgesetzten Idealcharakter entgegenstehen könnte (§ 21 BGB). Es ist jedoch anerkannt, daß allein die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele ohne gleichzeitige Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs dem Idealcharakter eines Vereins keinen Abbruch tut, weshalb das Reichsgericht^{54a)} bereits im Jahre 1914 die Eintragungsfähigkeit und damit den Idealcharakter eines Kassenärztevereins, dessen Zweck auf Ermöglichung kassenärztlicher Betätigung durch Abschluß entsprechender Verträge mit den Kassen gerichtet war, bejaht hat. Eine entsprechende Legitimation der in Rede stehenden Berufsvereine kann daher unter dem genannten Aspekt nicht verneint werden.

(4) Nicht verbandsgebundene Berufsangehörige

Sieht man von den erwähnten Berufskammern ab, repräsentieren die genannten freien Berufsverbände im allgemeinen nur einen Teil der Angehörigen des jeweiligen Berufs. Es fragt sich daher, wie die Belange der sog. "Außenseiter", deren Interessenlage nicht anders als die der organisierten Berufsangehörigen ist, gewahrt werden, zumal eine Allgemeinverbindlicherklärung wie bei Tarifverträgen mangels gesetzlicher Grundlage hier nicht in Betracht kommt. Sicher ist hier zunächst nur, daß der Zugang von Außenseitern zur Leistungsveranschaffung nicht vom

54) z. B. der Verband für Physikalische Therapie e.V. in Hamburg; der Zentralverband Krankengymnastik e.V. in München; der Verband für Logopädie e.V. in Senden

54 a) RGZ 83, 231; vgl. dazu ferner Palandt, § 21 BGB, Anm. 1 b

Beitritt zum jeweils rahmenvertragschließenden Berufsverband abhängig gemacht werden darf, da ein solches Verlangen mit dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) in seiner negativen Bedeutung⁵⁵⁾ unvereinbar wäre. Andererseits erscheint auch die Anwendung des "closed-shop-Prinzips" mit der Folge des Ausschlusses nichtorganisierter Leistungsanbieter als unzulässig^{55 a)}. Dem braucht indes hier nicht weiter nachgegangen zu werden, weil die vorliegenden Rahmenvereinbarungen durchwegs "offen" sind und daher auch den nicht organisierten Leistungsanbietern den Zugang zur Leistungsveranschaffung ermöglichen. Andererseits kann die Nichtorganisierung nicht dazu führen, daß der Außenseiter seine eigenen (höheren) Preisvorstellungen gegenüber den Kassen durchsetzen könnte. Wie nämlich jetzt von § 376 d Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 RVO ausdrücklich klargestellt ist, sind die rahmenvertraglich vereinbarten Preise Höchstpreise, von denen nur nach unten abgewichen werden darf.

b) Individualrechtliche Beziehungen

aa) mit einzelnen Leistungsanbietern

Kollektive Rahmenverträge selbst bewirken in der Regel allein noch nicht die tatsächliche Sicherstellung der jeweiligen Naturalleistung. Hierzu bedarf es vielmehr der Bereitschaft der einzelnen Leistungserbringer, ggf. auch der einzelnen Krankenkasse, in ein Leistungsveranschaffungsverhältnis zu den im jeweiligen Rahmenvertrag vorformulierten Konditionen einzutreten. Die Bereitschaft der Leistungsanbieter hierzu korrespondiert allerdings mit deren existentiellern Angewiesensein hierauf und zwar im Hinblick auf die überragende Nachfragemacht der Kassen insgesamt. Im Beitritt zeigt sich im übrigen wiederum eine Parallele zum Arbeitsrecht, wo die wichtigste Funktion des individuellen (Massen-)Arbeitsvertrags praktisch nur noch in der

55) Vgl. Scholz, a.a.O., Rdnr. 42

55 a) so für das Arbeitsrecht: Hanau/Adomeit, S. 56 und für den Zugang zur Leistungsveranschaffung durch Außenseiter: Bericht des Abgeordneten Egert zu Art. 1 Nr. 19 KVEG (§ 376 d RVO), BT-Drs. 9/977, S. 23; vgl. im übrigen auch unten Abschnitt E II 6 (S. 196 ff.)

Begründung des konkreten Arbeitsverhältnisses besteht⁵⁶⁾. Im Unterschied dazu bedarf die Begründung des konkreten Leistungsbeschaffungsverhältnisses allerdings nur noch einer einseitigen Willenserklärung des Leistungsanbieters, da sich die Kassen meist schon aufgrund der ihrem Verband erteilten Vollmacht oder aufgrund späteren Beitritts zum Rahmenvertrag entsprechend gebunden haben. Wie der Vertragsbeitritt durch den einzelnen Leistungsanbieter technisch vor sich geht, ist in den kollektiven Rahmenvereinbarungen unterschiedlich geregelt. Entweder muß der einzelne Leistungsanbieter bei der im Rahmenvertrag vorgesehenen Stelle (Krankenkasse einer Kassenart, Kassenverband) einen förmlichen Antrag auf "Zulassung zur Lieferung"^{56a)} oder auf "Erteilung der Liefer- bzw. Behandlungsberechtigung"⁵⁷⁾ stellen, über den die genannte Stelle in einem förmlichen Verfahren und häufig im Benehmen mit der jeweiligen Innung oder dem jeweiligen Berufsverband entscheidet, oder die Begründung des individuellen Belieferungsverhältnisses geschieht durch konkludente Ausübung eines den Begünstigten im Rahmenvertrag pauschal eingeräumten Belieferungsrechts^{57a)}, indem der berechtigte Leistungsanbieter Versicherten tatsächlich zu Lasten der Krankenkassen Leistungen verschafft. Wie auch immer der Beitritt des einzelnen Leistungsanbieters vollzogen wird, über den Rahmenvertrag begründet er durchwegs ein Netz von Einzelverträgen mit allen Krankenkassen, die sich ihm ihrerseits angeschlossen haben. Gerade in dieser Koordinierungsfunktion zeigt sich der praktische Vorteil kollektiver Vereinbarungen, auf relativ einfache Weise eine Vielzahl von Leistungserbringern und Krankenkassen zu gleichmäßigen Bedingungen "unter einen Hut" zu bringen und damit letztlich eine breitgestreute, versichertennahe Versorgung mit (nicht ärztlichen) Leistungen der Krankenhilfe sicherzustellen.

56) Vgl. Hanau/Adomeit, a.a.O., S. 32

56 a) so vor allem die älteren Verträge; vgl. z. B. noch Ziff. III des bayer. Bandagistenvertrages, Mittbl. LdOiB 1950, S. 77

57) so z. B. § 3 des bayer. Logopädenvertrages, Mittbl. LdOiB 1980, S. 99; § 21 Abs. 1 des (bayer.) Rahmenvertrages über die Versorgung mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln vom 12.12.1978, Mittbl. 1979, S. 91

57 a) so z. B. § 1 Abs. 1 Satz 2 des bayer. Apothekenvertrages vom 9.5.1978; Mittbl. LdOiB 1978, S. 250

bb) mit den Wohlfahrts- und Hilfsorganisationen

Individualvereinbarungen sind, wie schon gesagt, dort typisch, wo der Kreis der Leistungsanbieter homogen und überschaubar ist, rahmenvertraglicher Koordinierung es also nicht bedarf. Der Fall ist dies einmal bei den schon erwähnten freien Wohlfahrtsorganisationen als weitgehend alleinige Träger von Diensten der ambulanten Kranken- und Hauspflege⁵⁸⁾. Ferner ist dies der Fall bei den ebenfalls schon genannten Hilfsorganisationen, die nach den Rettungsdienstgesetzen der Länder⁵⁹⁾ im Auftrag der öffentlichen Träger des Rettungswesens, nämlich der zuständigen Gebietskörperschaften, Rettungs- und Krankentransportdienste wahrnehmen⁶⁰⁾.

4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer

a) Die begünstigten Leistungsanbieter

Der Kreis der potentiellen Leistungserbringer ist in den Rahmenvereinbarungen notwendigerweise näher fixiert. Es handelt sich hierbei um Personengruppen und Institutionen (z. B. Behindertensportvereine^{60a)}), zu deren Beruf, Firmenzweck oder Aufgabe die Erbringung einer nichtärztlichen Dienst- oder

58) Vgl. dazu die einschlägigen bayerischen Vereinbarungen, Mittbl. LdOIB 1975, S. 139; 1978, S. 149

59) Vgl. dazu die Nachweise S. 123, Fn. 3

60) Vgl. z. B. die entsprechende bayerische Vereinbarung, Mittbl. LdOIB 1976, S. 182

60 a) Vgl. dazu etwa die Vereinbarung zur Förderung des Behindertensports nach § 193 Nr. 1 RVO zwischen den Verbänden der Ersatzkassen und dem Deutschen Behindertensportverband e.V., Die Ersatzkasse 1979, S. 115

Sachleistung gehört, die Gegenstand des Leistungskatalogs der GKV ist. Die Rahmenverträge knüpfen bei der Festlegung des Begünstigtenkreises folgerichtig an die einschlägigen berufsrechtlich normierten Berufsbilder und an die entsprechenden Qualifikations- und Befugnisstandards an, bieten sich doch die solchermaßen Legitimierten als natürliche Partner der Krankenkassen bei der Leistungserbringung an. Anders verhält es sich nur dort, wo das Gesetz, wie im Falle der häuslichen Krankenpflege (§ 185 Abs. 1 RVO, § 18 KVLG) die Leistungserbringung auch durch Personen zuläßt, die nicht über eine berufsrechtliche Anerkennung verfügen. Ansonsten kommen als Leistungserbringer nur solche Personen und Institutionen in Betracht, die eigenverantwortlich-selbständig, also ohne ärztliche Anordnung und Leitung, Leistungen erbringen dürfen und diese Leistungen auch nicht nach Kassenarztrecht sicherzustellen sind. Damit scheiden als Leistungserbringer im hier gemeinten Sinne Arzt- oder Zahnarzthelfer ebenso aus, wie nichtärztliche Psychotherapeuten oder Zahntechniker⁶¹⁾. Auch die Dienste der medizinisch-technischen Assistenten sind nicht auf die in Rede stehende Art sicherstellungsfähig, da sie Bestandteil der ärztlichen Behandlung sind und auch dann (nur) kassenarztrechtlich - im Wege der Ermächtigung (§ 31 ZO/Ä, § 14 BMV/Ä) - sichergestellt werden können, wenn der Berufsangehörige diesen Beruf kraft der Besitzstandsklausel des § 14 MTA-G (1971) i. V. mit § 11 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 2 MTA-G (1958) weiterhin selbständig ausübt. Wie das BSG in der MTA-Entscheidung⁶²⁾ zutreffend dargelegt hat,

61) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt A III 2 b aa) (S. 28 ff.); Abschnitt B III 2 c (S. 76 ff.)

62) BSGE 38, 73 mit Anm. Delitz, NJW 1975, S. 1536

ist Sicherstellungsadressat insoweit allein die zuständige Kassenärztliche Vereinigung. Die diesem Erkenntnis zugrunde liegende berufsrechtliche Ausnahmesituation kann im übrigen nicht oft genug betont werden, wird doch immer wieder daraus der Auftakt zur "wirtschaftliche(n) Emanzipation"⁶³⁾ all jener Gesundheitsberufe herausgelesen, die kraft des Kuriermonopols des Arztes in der GKV (§ 122 Abs. 1 Satz 1 RVO) mehr oder weniger stark in dessen Tätigkeit eingebunden sind.

Eine andere, vor allem in neuerer Zeit aktuell gewordene Frage betrifft die Heranziehbarkeit von Ärzten, die auch wesensmäßig nichtärztliche, namentlich handwerkliche Leistungen erbringen. So unterhalten etwa Orthopäden neben ihrer ärztlichen Praxis eine orthopädische Werkstätte oder einen medizinischen Badebetrieb, die nicht unbedingt nur für die ärztliche Praxis tätig sind. Unstreitig ist die Erbringung derartiger Leistungen nicht Gegenstand der kassenärztlichen Versorgung⁶⁴⁾. Eine anerkannte Ausnahme hiervon bilden nur die von (Kassen)Zahnärzten über praxiszugehörige Dentallabors - handwerksrechtlich zulässigen Hilfsbetrieben (i. S. des § 3 Abs. 3 Nr. 1 HandwO), sofern sie ausschließlich für die Zahnarztpraxis tätig sind -⁶⁵⁾ erbrachten zahntechnischen Leistungen, denn nach ausdrücklicher Anordnung des § 368 g Abs. 5 a RVO sind die Vergütungen hierfür Gegenstand der Verträge über die kassenzahnärztliche Versorgung. Hinsichtlich der zuerst genannten Leistungen indes ist die Rechtslage unklar. Ohne dies hier näher vertiefen zu können, ist fraglich, ob eine gewerbliche Betätigung des Arztes im Zusammenhang mit seinem innerhin

63) so etwa Delitz, a.a.O.; wie hier: Meydam, BKK 1973, S. 331 (333)

64) Vgl. BSGE 23, 176; 25, 116; Krauskopf, DOK 1977, S. 948

65) Vgl. BVerwG vom 11.5.1979, NJW 1980, S. 1349; BGH vom 14.12.1979, NJW 1980, S. 1337

"freien" Berufsstatus vereinbar ist⁶⁶⁾ und ggf., ob auch dann ein Anspruch gegen die Kassen auf Zulassung als Erbringer für nichtärztliche Leistungen bestünde. Der Vereinbarkeitsaspekt spielt zwar dann keine Rolle, wenn die weitere Tätigkeit des Arztes nicht-gewerblicher Art ist. Gleichwohl hat der BGH⁶⁷⁾ die Klage eines Arztes gegen eine Krankenkasse auf Zulassung seines medizinischen Badebetriebs - aus wettbewerbsrechtlicher Sicht^{67a)} - im wesentlichen mit dem Argument abgewiesen, der Kläger habe als Facharzt für Orthopädie ohnehin einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den (anderen) Badebetrieben der selbständigen Masseure und medizinischen Bademeister.

b) Das Leistungsbeschaffungsverhältnis

Mit dem Zustandekommen eines konkreten Leistungsbeschaffungsverhältnisses übernimmt der Leistungserbringer gegenüber den beteiligten Krankenkassen die Pflicht, deren Versicherten, die sich im Bedarfsfall an ihn wenden, die ihnen von ihrer Kasse natural geschuldete Dienst- oder Sachleistung entsprechend den (rahmen-)vertraglichen Ordnungsmaßstäben tatsächlich zu verschaffen⁶⁸⁾. Die Krankenkasse verpflichtet sich im Gegenzug andererseits im wesentlichen dazu, in die freie Wahl der zugelassenen Leistungserbringer durch die Versicherten nicht einzugreifen^{68a)} und für die verschaffte Leistung die Vergütung zu zahlen, die von den (Rahmen-)Vertragspartnern - bei Heil- und Hilfsmitteln neuer-

66) verneinend: Bogs, SGB 1977, S. 217; Narr, a.a.O., Band 1, Rdnrn. 587 ff.

67) Urteil vom 1.6.1977, ZfS 1980, S. 102 mit Anm. Wilde; vgl. dazu auch Krauskopf, DOK 1977, S. 948

67 a) Vgl. dazu näher unten Abschnitt E II 6 c bb) (3) (S. 195 ff.)

68) Vgl. Peters, a.a.O., Teil II, § 375 RVO, Anm. 6 (S. 17/1890)

68 a) Vgl. z. B. § 6 bayer. Masseur- und Krankengymnastenvertrag vom 1.7.1976 i.d.F. vom 9.12.1980

175
dings unter angemessener Berücksichtigung der Empfehlungen der "Konzertierten Aktion im Gesundheitswesen" (§ 376 Abs. 2 Satz 1, 405 a Abs. 1 Satz 2 RVO) - vereinbart wurde oder durch staatliche Vorgaben geprägt ist. Eine einseitige staatliche Preisbildung oder eine Einflußnahme des Staates hierauf ist legitimerweise namentlich in den Bereichen anzutreffen, wo mit dem jeweiligen Leistungsangebot eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge erfüllt wird - so z. B. im Fall der Gebühren für Hebammen - oder wo das öffentliche Interesse die Ausschaltung oder zumindest Relativierung des Marktprinzips gebietet.

aa) Vergütungen im Rettungswesen

Die verhältnismäßig schwächste Form staatlicher Einflußnahme liegt hierbei vor, wenn die Anbieterseite kraft Gesetzes lediglich dazu verpflichtet ist, sich mit den Krankenkassen überhaupt über die zu zahlenden Vergütungen vertraglich zu einigen und darüber hinaus allenfalls noch die staatliche Genehmigung der Vergütungsvereinbarungen vorgeschrieben ist. Dieses Modell liegt etwa einigen Rettungsdienstgesetzen der Länder zugrunde. Die zur Aufgabenerfüllung herangezogenen Hilfsorganisationen sind danach gehalten, mit den Kassenverbänden "Benutzungsentgelte" auszuhandeln⁶⁹⁾. Diese und die damit zusammenhängenden Fragen werden üblicherweise in einem einheitlichen Vertrag geregelt^{69a)}.

bb) Krankenhauspflegesätze

Einen Schritt weiter geht der Staat bei der Preisbildung im Bereich der (stationären) Krankenhauspflege. Zwar sind hinsichtlich der Pflegesätze Einigungsverhandlungen zwischen Krankenhaus- und Sozialleistungsträgern - unter Beteiligung der Spitzenverbände der Krankenkassen und der Krankenhausgesellschaft -

69) Vgl. Art. 10 Abs. 1 BayRDG, § 13 Abs. 2 Nr. 2 Bad-Wttbg. RDG vom 10.6.1975 (GVBl S. 379), § 11 Abs. 2 RDG-Rhld-Pfalz

69 a) Vgl. Oehler/Schulz, Rettungsdienst in Bayern, Art. 10 BayRDG, Anm. 1 b aa)

obligatorisch vorgesehen, um die Krankenhauspflegesätze auch an deren wirtschaftlichen Möglichkeiten auszurichten. Die verbindliche Letztentscheidung über die Pflegesatzhöhe indes ist der zuständigen Verwaltungsbehörde vorbehalten (§ 18 Absätze 1, 3 und 4 KHG, § 16 BpflV). Vom Krankenhausfinanzierungsrecht offengelassen und demzufolge zwischen Krankenkassen und Krankenhausträgern heftig umstritten ist demgegenüber die Frage, wer die von den Pflegesätzen nicht gedeckten Betriebskosten-Defizite zu tragen hat⁷⁰⁾.

cc) Arzneimittelpreise

Noch einen Schritt weiter geht die Einflußnahme des Staates bei den Arzneimittelpreisen. Formell bestimmen sich die Preise für Fertigarzneimittel, die nach § 43 Abs. 1 AMG apothekenpflichtig sind, sowie für die in Apotheken abgabefertig bereiteten Arzneimittel und die dort hergestellten Arzneimittelzubereitungen nach der aufgrund § 78 AMG erlassenen Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV)^{70a)}. Betroffen von der Preisbindung hiernach sind allerdings nur die Großhandels- und Endverbraucherpreise, während die Herstellerabgabepreise - für Fertigarzneimittel - der freien Preisbindung unterliegen; Krankenkassen und Apotheker haben hierauf keinen Einfluß (§ 5 Abs. 4 Satz 4 AMPreisV), was der pharmazeutischen Industrie in der Tat "recht ungewöhnliche Spielräume der Preisgestaltung"⁷¹⁾ für einen immerhin elementaren Gesundheitsbedarf eröffnet. Einfluß auf das Preisgebaren der pharmazeutischen Industrie haben allenfalls "Empfehlungen" der Konzertierten Aktion nach § 405 a RVO, an die sie aber wegen der rein appellativen Natur der "Empfehlungen" rechtlich nicht gebunden ist. Indem die Arzneimittelpreisverordnung auf der Basis der frei gebildeten Herstellerabgabepreise Festzuschläge (Preisspannen) für Fertigarzneimittel vorschreibt, liegt insoweit materiell letztlich die Preisbildung teils in privater, teil in staatlicher Hand. Zwar gilt, wie gesagt, das Festpreissystem der Arzneimittelpreisverordnung auch für die erst

70) Vgl. dazu Adam und Töns in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Band VIII: "Soziale Sicherung und medizinische Dienste", S. 42 f., 46 f.

70 a) vom 14.11.1980, BGBl I S. 2147

71) Zacher, Festschrift für Liefmann-Keil, S. 201 (207)

in Apotheken abgabefertig bereiteten Arzneimittel (§ 4 AMPPreisV) und die dort hergestellten Arzneimittelzubereitungen (§ 5 AMPPreisV), insoweit allerdings sind die Apothekeneinkaufspreise als Basis für die vorgeschriebenen Festzuschläge der Vereinbarung zwischen Apotheken und Krankenkassen zugänglich (§ 4 Abs. 3, 5 Abs. 5 AMPPreisV). Von den so zustandekommenden festen Endverbraucherpreisen haben die Krankenkassen schließlich einen gesetzlichen Rabattanspruch in Höhe von 5 v.H. (§ 376 Abs. 1 RVO, § 76 Abs. 2 Satz 1 KVLG)^{71a)}. Angesichts des weitgehenden Festpreisregimes für die genannten Arzneimittel dürfte § 376 Abs. 2 RVO, der eine besondere Preisregelung für sog. "Handverkaufsmittel", d. h. für "einfache", nicht rezeptpflichtige Arzneimittel⁷²⁾ vorsieht, als suspendiert anzusehen sein. Die Vorschrift könnte allenfalls noch Bedeutung für freiverkäufliche Arzneimittel i. S. des § 50 Abs. 1 AMG haben, für Arzneimittel also, die auch in Drogen etc. abgegeben werden dürfen. Indes fehlt es - soweit ersichtlich - an danach möglichen behördlichen Preisfestsetzungen, so daß diese Arzneimittel letztlich durchwegs der Vereinbarung zwischen Kassen und Apothekern zugänglich sind.

dd) Beförderungsentgelte im gewerblichen Krankentransportwesen

Vollends in staatlicher Hand liegt schließlich die Festsetzung der Beförderungsentgelte für Krankentransporte in den gem. § 51 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz erlassenen Tarifordnungen. Verbindlich sind diese allerdings nur für das Krankentransportgewerbe, gelten somit nicht für die Dienste des öffentlichen Rettungswesens⁷³⁾. Zwar ist den Krankenkassen, obwohl

71a) Nach BGHZ 54, 115 (119 ff.) ist der sog. "Apothekenabschlag" verfassungskonform; a. A.: Pieck, PharmZ 1969, S. 1567 ff.; ders., NJW 1970, S. 1219

72) Vgl. dazu näher Peters, a.a.O., § 376 Anm. 4 (S. 17/1894-1-)

73) Vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1931, S. 227

sie den größten Teil der gewerblichen Krankentransportleistungen finanzieren, anders als den Verbänden der Transportwirtschaft, vor der behördlichen Tariffestsetzung kein ausdrückliches gesetzliches Anhörungsrecht einräumt. Dies schließt freilich nicht aus, daß die Kassen im Festsetzungsverfahren dennoch ihren Standpunkt geltend machen können⁷⁴⁾.

c) Das Verschaffungsverhältnis als drittbegünstigendes Rechtsgeschäft

Vom kollektiv durch Rahmenvertrag vorformulierten und individuell durch Beitritt der einzelnen Krankenkasse sowie durch Zulassung des einzelnen (nichtärztlichen) Leistungserbringers zwischen diesen zustandekommenden Beschaffungsverhältnis zu unterscheiden ist das Verschaffungsverhältnis, das im konkreten Leistungsfall begründet wird.

Es kommt, je nachdem, welche Leistung zu verschaffen ist, als zivilrechtlicher Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag zustande, indem der Versicherte, ausgewiesen durch einen für seine Krankenkasse verbindlichen Anspruchsnachweis - (kassen-)ärztliche Verordnung, Genehmigung bzw. Kostenübernahmeerklärung der leistungspflichtigen Krankenkasse - einen zugelassenen Leistungserbringer in Anspruch nimmt und dieser entsprechend seiner diesbezüglichen Verpflichtung gegenüber der Kasse bereit ist, ihm die zustehende Leistung zu Lasten der Krankenkasse zu verschaffen.

Tatsächlich realisiert wird das Verschaffungsverhältnis durch den Versicherten als Boten (der Krankenkasse)⁷⁵⁾, wobei es rechtlich zum einen durch das Leistungsschuldverhältnis zwischen dem Versicherten und seiner Kasse (=Valutaverhältnis⁷⁶⁾), zum

74) Vgl. zum Ganzen eingehend: Ipsen, DOK 1977, S. 84 ff.

75) Vgl. Krauskopf, a.a.O., § 376 RVO, Anm. 4; vgl. auch Peters, a.a.O., § 375 RVO, Anm. 6 (S. 17/1890) und BSGE 51, 126 (131 f.)

76) Vgl. Gottwald, Münchner Kommentar, Band 2, § 328 BGB, Rdnr. 22

anderen durch das Leistungsbeschaffungsverhältnis zwischen Krankenkasse und (nichtärztlichem) Leistungserbringer (=Deckungsverhältnis⁷⁷⁾) "vermittelt" wird.

Das Verschaffungsverhältnis berechtigt den Versicherten, seinen Leistungserfüllungsanspruch direkt gegenüber dem von ihm gewählten Leistungserbringer geltend zu machen^{77a)}. Der in Anspruch genommene Leistungserbringer seinerseits ist kraft seiner Vertragspflichten gegenüber der Krankenkasse dem Versicherten unmittelbar verpflichtet, die diesem zustehende Leistung sachgerecht zu verschaffen. Die Krankenkasse schließlich trifft die Pflicht, dem Leistungserbringer hierfür die im Beschaffungsgeschäft zugesagte Vergütung zu zahlen.

Gegenseitige Rechtsbeziehungen entstehen demnach nur zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer, während die auf tatsächliche Leistungsveranschaffung gerichteten Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem Versicherten nach h. M. als "vertragsähnliches Verhältnis"⁷⁸⁾ qualifiziert werden. Dementsprechend beurteilt die h. M.⁷⁹⁾ das konkrete Verschaffungsgeschäft zwischen Krankenkasse und nichtärztlichem Leistungserbringer als Rechtsgeschäft zugunsten des Versicherten und damit als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB). Wenn dies aber der Fall ist, dann ist der Leistungserbringer nicht Erfüllungsgehilfe (der Krankenkasse)⁸⁰⁾ i. S. des § 278 Satz 1 BGB, da der Status des Erfüllungsgehilfen ja gerade dadurch geprägt ist, daß ihn eben kein selbständiges vertragliches Schuldverhältnis mit dem Gläubiger verbindet.

77) Vgl. a.a.O., Rdnr. 19

77 a) so RGZ 165, 106 hinsichtlich der Beziehungen zwischen Kassenpatient und Kassenarzt auf der Grundlage des damals im Bereich der kassenärztlichen Versorgung noch bestehenden "Dreiecksverhältnisses"; ebenso BGHZ 1, 386 zur Krankenhausbehandlung Kassenversicherter (std. Rspr.)

78) Vgl. Gottwald, a.a.O., Rdnr. 24, 30

79) Vgl. Gottwald, a.a.O., Rdnr. 30; BGB-RGRK, § 611, Anm. 56; OLG Stuttgart, SGB 1977, S. 212 m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; BSGE 51, 126 (130 f.)

80) so aber Schnorr v. Carolsfeld, a.a.O., S. 215

Verletzt der Leistungserbringer seine ihm gegenüber dem anspruchsberechtigten Versicherten obliegenden Schuldnerpflichten, fügt er ihm etwa anlässlich der Leistungsveranschaffung schuldhaft Schaden zu, so haftet er dem Versicherten neben einer etwaigen deliktischen Haftung selbst und unmittelbar aus positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz⁸¹⁾. Umgekehrt gilt dies ebenso für den Versicherten als Leistungsgläubiger. Prinzipiell unterscheidet sich die Stellung des Versicherten in dem genannten Dreiecksverhältnis nicht vom normalen Gläubigerstatus. Den Versicherten können daher z. B. die Sanktionen des Gläubigerverzugs treffen, wenn er die vom Leistungserbringer ordnungsgemäß angebotene Dienst- oder Sachleistung nicht annimmt⁸²⁾. Andererseits aber kann die Gläubigerstellung des Versicherten, die ja immer auch Belastungen mit sich bringt, nur soweit reichen, als sie nicht mit dem sozialrechtlichen Schutz- und Ausgleichszweck der zu gewährenden Naturalleistung kollidiert.

Letzteres wäre offensichtlich der Fall, würde sich die Krankenkasse durch Drittleistungserbringung ihrer gegenüber dem Versicherten obliegenden Pflichten aus dem Anspruchsverhältnis entledigen oder würde sie in ihre Sphäre fallende Verschaffungsrisiken auf den Versicherten abwälzen, da dies in Widerspruch zum Gebot ausreichender Leistungsgewährung stünde (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG). So ist es zwar möglich, dem Versicherten im Falle einer mangelbehafteten Sachleistung Gewährleistungsrechte nach Kauf- oder Werkvertragsrecht (§§ 440, 633 BGB) durch Abrede im Beschaffungsverhältnis zur Ausübung zu übertragen. Ihn aber im Streitfall auch auf die Durchsetzung dieser Rechte zu verweisen, verstieße gegen die der Krankenkasse obliegende Pflicht, ihm die Sachleistung ausreichend, d. h. auch ordnungsgemäß zu gewähren. Insgesamt gesehen, entspricht das Rechtsverhältnis zwischen Versichertem und nichtärztlichem Leistungs-

81) Vgl. Gottwald, a.a.O., Rdnr. 30 m.w.N.

82) Vgl. a.a.O., Rdnr. 24; Eberhardt, a.a.O., S. 310

erbringer jenem, wie es einst zwischen Kassenpatient und Kassenarzt bestand. Wenngleich es sich hierbei um ein durchaus eigenständiges - dogmatisch allerdings umstrittenes⁸³⁾ - Konstruktionselement des heutigen Kassenarztrechts handelt, so erinnert an diesen einstigen Rechtszustand doch noch § 368 d Abs. 4 RVO, wonach die "Übernahme der Behandlung" den Kassen-(zahn)arzt "zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts" verpflichtet und so dem Versicherten im Fall schuldhaft-rechtswidriger Schadenszufügung einen unmittelbaren Haftungsanspruch gegen den Kassen(zahn)arzt an die Hand gibt^{83a)}

5. Die Anforderungen an den Leistungserbringer

Der Verschaffungsanspruch des Versicherten gegenüber dem Leistungserbringer deckt sich inhaltlich notwendig mit seinem Leistungsanspruch gegen seine Kasse: Er kann vom Leistungserbringer nicht mehr verlangen als was ihm die Krankenkasse zu gewähren verpflichtet ist. Und der Leistungserbringer hat ihm die Leistung so zu verschaffen wie sie ihm von der Krankenkasse geschuldet wird. Damit aber müssen die einschlägigen Kautelen des Leistungsrechts in das Verschaffungsverhältnis transformiert werden. Dies ist das zentrale Anliegen der Beschaffungsvereinbarungen. Insbesondere geht es dabei darum, die Qualitätsstandards des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG)⁸⁴⁾ in Bezug auf die von dem Leistungserbringer erbringbaren Dienst- oder Sachleistungen zu konkretisieren, indem hieraus im einzelnen die qualitativen Anforderungen und Vorkehrungen abgeleitet und vertraglich fixiert werden, die nach dem jeweiligen fach-

83) Vgl. dazu oben Fn. 23 (S. 150)

83 a) Vgl. zur Arzthaftung die umfangreiche Literaturübersicht bei Jung, a.a.O., S. 137, Fn. 23

84) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt A IV 1 (S. 33 ff.)

lichen Erkenntnisstand für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlich sind. Die so gefundenen und fixierten Kriterien sind nicht nur Maßstab dafür, ob ein potentieller Leistungserbringer überhaupt als solcher herangezogen werden kann, sondern auch dafür, wie er sich bei der Leistungsverschaffung zu verhalten hat.

a) Zugangsanforderungen

Das Recht der Berufe des Gesundheitswesens als Teilmaterie des allgemeinen Gesundheitsrechts verfolgt prinzipiell das Ziel, die Gesundheit der Bevölkerung in ihrer Gesamtheit zu erhalten, zu pflegen und zur verbessern⁸⁵⁾. Es ist zwar dem Recht der GKV vorgegeben, trägt aber wegen der Universalität dieses Ziels den spezifischen Belangen der GKV im allgemeinen (noch) nicht Rechnung. Zur Angleichung an deren Standards bedarf es aber dann zusätzlicher, über die berufsrechtliche Qualifikationsstufe hinausgehender Anforderungen persönlicher und sachlicher Art. Musterbeispiel hierfür ist die nach den Zulassungsordnungen für Ärzte⁸⁶⁾ und Zahnärzte⁸⁷⁾ (ZO-Ärzte, ZO-Zahnärzte) vorgeschriebene halb- bzw. zweijährige "Vorbereitungszeit" als Voraussetzung für die Zulassung des Arztes oder Zahnarztes als Kassen(zahn)arzt oder für seine Beteiligung an der kassen(zahn)ärztlichen Versorgung (§ 368 a Abs. 3 RVO i. V. mit § 3 Abs. 2 Buchst. b ZO-Ärzte und ZO-Zahnärzte). Vergleichbare Anforderungen werden rahmenvertraglich auch an die potentiellen Erbringer nichtärztlicher Dienstleistungen und solcher Sachleistungen, die von einem persönlichen Moment geprägt sind, gestellt. So wird von Masseuren, medizinischen Bademeistern,

85) Vgl. Hoffmann, DVBl 1962, S. 541

86) vom 28.5.1957 (BGBl I S. 572, ber. S. 608); zuletzt geändert durch VO vom 24.7.1978 (BGBl I S. 1085)

87) vom 28.5.1957 (BGBl I S. 582), zuletzt geändert durch VO vom 24.7.1978 (BGBl I S. 1086)

Krankengymnasten sowie von Logopäden ebenfalls eine mehrjährige Berufspraxis verlangt⁸⁸⁾, ehe sie zur Leistungserbringung in der GKV zugelassen werden. Sofern der potentielle Leistungserbringer für bestimmte Leistungen berufsrechtlich noch keine adäquate Qualifikation - wie etwa der ältere Augenoptiker hinsichtlich der Kontaktlinsenanpassung - hat, wird eine bestimmte Zusatzqualifikation gefordert⁸⁹⁾. Hinzu kommen schließlich noch Anforderungen an die Einrichtung, in der die Leistung erbracht werden soll. Hierbei handelt es sich namentlich um Anforderungen an die Räumlichkeiten und an die Betriebsausstattung⁹⁰⁾.

All diese persönlichen und sachlichen Zugangsanforderungen sind erforderlich, um eine wirtschaftliche, den Geboten des § 182 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) entsprechende Leistungsgewährung sicherzustellen. Hierfür besteht allerdings dann kein Bedürfnis, wenn bereits das allgemeine Berufsrecht diesen besonderen Belang der GKV mit abdeckt, insoweit also abschließende Regulativa enthält. Der Fall ist dies nicht nur beim Hebammen-Berufsrecht hinsichtlich der Hebammenhilfe - wie gezeigt⁹¹⁾, ist insoweit für krankenversicherungsspezifische Zusatzregelungen, abgesehen von der staatlichen Gebührenfestsetzung nach § 376 a RVO (§ 76 Abs. 3 KVLG), überhaupt kein Raum mehr -, sondern auch beim Recht des Apothekerberufs.

88) Vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Nr. 2 bayer. Masseur- und Krankengymnastenvertrag, a.a.O.; § 2 Abs. 2 Nr. 2 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

89) Vgl. z. B. § 2 Abs. 6 i. V. mit der Anlage 4 des bayer. Augenoptikervertrags i. d. F. vom 15.4.1980, Mittbl. LdOib 1980, S. 164

90) Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 5 i. V. mit der Anlage 3 des bayer. Augenoptikervertrags, a.a.O.; § 3 Nr. 4 bayer. Hörhilfenvertrag i. d. F. vom 5.4.1979, Mittbl. LdOib 1980, S. 22; § 2 Abs. 2 Nr. 4 bayer. Masseurvertrag, a.a.O.

91) Vgl. dazu oben Abschnitt E II 2 c (S. 153 ff.)

Insofern statuiert bereits das Apothekengesetz (ApG)⁹²⁾ abschließend die persönlichen und sachlichen Anforderungen, die zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke erfüllt sein müssen. Darüber hinaus enthält die Apothekenbetriebsordnung⁹³⁾ all jene Standards "um einen ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheken, Zweigapotheken und Krankenhausapotheken zu gewährleisten und um die Qualität der dort herzustellenden und abzugebenden Arzneimittel sicherzustellen" (§ 21 Abs. 1 ApG). Kommt hierzu - wie in Bayern - noch hinzu, daß die Landesapothekerkammer als ~~Zwangs~~verband aller Apotheker Vertragspartner der Krankenkassen ist, so bedarf es in der Rahmenvereinbarung weder Regelungen über den Zugang zur Kassenbelieferung noch über die Sachgerechtigkeit der Arzneimittelverschaffung als solche. Vielmehr kann sich die Vereinbarung dann im wesentlichen auf die Festlegung des Lieferumfangs, der vom Versicherten vorzulegenden Anspruchsnachweise (ärztliche Verordnung, Genehmigung der Krankenkasse), der Preisberechnung, soweit nicht schon abschließend durch die Arzneimittelpreisverordnung geregelt⁹⁴⁾ und der Abrechnungsregelung mit den Krankenkassen beschränken⁹⁵⁾, während sie ansonsten unmittelbar zugunsten des einzelnen selbständigen Apothekers wirkt, ohne daß es einer speziellen Zugangsentscheidung auf Kassenseite bedarf.

92) vom 4.8.1980 (BGBl I S. 1142)

93) vom 7.8.1968 (BGBl I S. 939), zuletzt geändert durch VO vom 11.8.1980 (BGBl I S. 1267)

94) Vgl. dazu oben Abschnitt E II 4 b) cc) (§.174 f.)

95) Vgl. z. B. den bayer. Apothekenvertrag, a.a.O.

b) Die Zugangsentscheidung der Krankenkasse

Typischerweise machen die Rahmenvereinbarungen das Zustandekommen eines Verschaffungsverhältnisses durchwegs von einer "Zulassung" bzw. der "Erteilung der Behandlungs- bzw. Lieferberechtigung" abhängig. Das Zulassungsverfahren dient dabei der Prüfung, ob die berufsrechtlichen und krankenversicherungsspezifischen Anforderungen erfüllt sind. Eingeleitet wird es auf Antrag des Lieferwilligen bei der rahmenvertraglich festgelegten Stelle (örtlich zuständige Kasse, Kassenverband, Arbeitsgemeinschaft der Kassenverbände) bzw. durch Abgabe eines "Verpflichtungsscheins", in dem der Lieferwillige die rahmenvertraglich vereinbarten Leistungserbringerpflichten für sich als verbindlich anerkennt⁹⁶⁾. Erfolgt daraufhin die Zulassung, so hat dies Wirkung für jede Krankenkasse, die der jeweiligen Rahmenvereinbarung angeschlossen ist. Die Überprüfung der persönlichen und sachlichen Zugangsvoraussetzungen geschieht dabei teils durch die fachlich kompetentere Berufsvertretung (Berufsverband) des Antragstellers⁹⁷⁾, teils unter deren Mitwirkung⁹⁸⁾, teils aus einer von den Rahmenvertragsparteien gebildeten Kommission⁹⁹⁾. Sind die einzelnen Zugangsvoraussetzungen erfüllt, so wird die Berechtigung zur Leistungserbringung zu Lasten der beteiligten Kassen erteilt.

c) Tätigkeitsanforderungen

Auf das Gebot gesetzeskonformer Leistungserbringung zurückzuführen sind schließlich jene rahmenvertraglichen Klauseln, die

96) Vgl. z. B. § 2 Abs. 1; § 3 Abs. 3 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

97) so z. B. § 3 Abs. 1 Satz 2 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

98) so z. B. § 3 Abs. 1 Satz 3 bayer. Rahmenvertrag über die Versorgung mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln

99) so z. B. noch Ziff. IV Nr. 2 bayer. Kontaktlinsenvertrag vom 21.3.1975, Mittbl. 1975, S. 167

Art und Weise der Tätigkeit als Leistungserbringer und sein Verhalten bei der Leistungsverschaffung regeln. Auch insofern gilt: Je mehr das allgemeine Berufsrecht vorgibt, umso weniger Raum bleibt für ergänzende Regelungen durch Rahmenvertrag. Tätigkeitsanforderungen und Verhaltensnormen sind daher namentlich bei den Heilhilfsberufen und bei den Handwerksberufen intensiver geregelt, da deren Berufsrecht im Unterschied zu den akademischen Heilberufen einschließlich des Apothekers auf Berufsausübungsregelungen weitgehend verzichtet. Ein Beispiel hierfür ist insbesondere die Fortbildungspflicht, die im Fall der Heilberufe allgemeine Berufspflicht¹⁰⁰⁾, im Fall der Heilhilfsberufe und der Handwerksberufe dagegen - mangels anderweitiger Regelung - rahmenvertraglich festgelegt ist¹⁰¹⁾. Krankenversicherungsspezifisch sind demgegenüber Pflichten wie etwa

- Kassenpatienten in gleicher Weise wie Privatpatienten zu behandeln¹⁰²⁾,
- die Leistung, wo vorgeschrieben, nur auf ärztliche Verordnung bzw. nach Genehmigung durch die Krankenkasse zu erbringen¹⁰³⁾,
- die Arzneikostengebühr nach § 182 a RVO (§ 14 KVLG) bei der Verschaffung der entsprechenden Leistungen vom Versicherten einzuheben¹⁰⁴⁾,
- im Fall von Sachleistungen eine gewisse Anzahl von Stücken einer bestimmten Modellreihe (z. B. bei Brillenfassungen) vorzuhalten und anzubieten¹⁰⁵⁾.

Hinzukommen noch spezielle, auf die Erbringung der jeweiligen Leistungstypen abgestimmte Pflichten, deren Darstellung hier

100) Vgl. z. B. Art. 18 Abs. 1 Nr. 1 Bayer. Kammergesetz

101) Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 bayer. Hörhilfenvertrag, a.a.O.; § 2 Abs. 3 Satz 1 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

102) Vgl. z. B. § 5 Abs. 4 bayer. Masseurvertrag, a.a.O.

103) Vgl. z. B. § 5 Abs. 1 bayer. Masseurvertrag sowie oben Abschnitt C III (S. 104 ff.)

104) Vgl. z. B. § 6 bayer. Apothekenvertrag, a.a.O.

105) Vgl. § 5 Abs. 8 bayer. Augenoptikervertrag

zu weit führen würde. Zu erwähnen sind außerdem die Regelungen, die der Leistungserbringer bei der Rechnungslegung und bei der Abrechnung mit den Krankenkassen zu beachten hat. Hält sich der Leistungserbringer an die ihm obliegenden Pflichten nicht, so kann dies disziplinarische Sanktionen nach sich ziehen, die vom Verweis über die Geldbuße bis hin zur einseitigen Auflösung des Verschaffungsverhältnisses durch die Krankenkassen reichen¹⁰⁶⁾.

d) Die Beendigung der Berechtigung zur Leistungserbringung

Die Berechtigung zur Leistungserbringung bleibt so lange bestehen, wie die Kassenseite sie nicht wegen Vertragspflichtverletzung widerruft und/oder sie nicht durch Eintritt einer rahmenvertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung erlischt. Das Instrument des Ausschlusses von der Leistungserbringung ist das schwerwiegendste Disziplinarittel, das den Kassen rahmenvertraglich zur Verfügung steht und das dem davon betroffenen Leistungserbringer faktisch seine Existenzgrundlage nimmt. Es kommt zum Zuge bei "schweren" oder "wiederholt" begangenen (leichteren) Vertragspflichtverletzungen; der Entzug der Berechtigung kann dabei befristet oder auf Dauer erfolgen¹⁰⁷⁾.

Gründe, die rahmenvertraglich darüber hinaus zum Erlöschen der Behandlungs- bzw. Lieferberechtigung führen, sind etwa die Verlegung der Praxis oder des Betriebs ohne Genehmigung der Kassenseite, die Praxis- oder Betriebsaufgabe, teils aber auch schon das Absinken des Ausstattungsniveaus unter das geforderte Maß¹⁰⁸⁾ sowie - bei Dienstleistungen - das Ableben des Berechtigten¹⁰⁹⁾. Gewisse Parallelen zu den Erlaubnissen des

106) Vgl. z. B. § 9 Absätze 2 und 4 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

107) Vgl. a.a.O.

108) Vgl. z. B. § 9 Abs. 2 bayer. Hörhilfenvertrag, a.a.O.

109) Vgl. z. B. § 7 Abs. 1 bayer. Logopädenvertrag, a.a.O.

Gewerberechts¹¹⁰⁾ und insbesondere des Apothekenrechts¹¹¹⁾ sind hierbei unverkennbar: Die Bindung der Verschaffungsberechtigung an die berechtigungsgegenständliche Einrichtung (Betrieb bzw. Praxis) hat letztlich "aktiv-dingliche"¹¹²⁾ Wirkung und die im Fall der Dienstleistungserbringung vorgesehene und wegen der persönlichen Natur¹¹³⁾ von Dienstleistungen konsequente Bindung an die Person des Berechtigungsadressaten läßt sie als eine Art "Personalkonzession"^{112a)} erscheinen, was sowohl die Vererblichkeit und Übertragbarkeit der Berechtigung als auch die Vertretung des Berechtigten, sofern nicht ausnahmsweise befristet gestattet, ausschließt¹¹⁴⁾.

6. Der Anspruch auf Zugang zur Leistungserbringung

a) Zur Problematik

Das Recht der GKV räumt zwar im Kassenarztrecht den Ärzten und Zahnärzten einen grundsätzlichen Zugangsanspruch zur Leistungsverschaffung ein; es sieht unter Einschränkungen auch die Einbeziehung bestimmter nichtärztlicher Leistungserbringer (z. B. nichtärztliche Psychotherapeuten, Zahntechniker) vor. Hinsichtlich der übrigen Erbringer ambulanter nichtärztlicher Leistungen indessen hält sich das Krankenversicherungsrecht auffallend zurück, sieht man von den wenigen allgemeingehaltenen Vorschriften in den §§ 375 ff. RVO einmal ab. Was deren Zugangsrecht betrifft, so enthält das Recht der GKV sogar eher gegenteilige Anhaltspunkte, wenn es in § 375 RVO die Kassen ermächtigt, "mit einzelnen Apothekenbesitzern" exklusive "Vorzugsbedingungen" zu vereinbaren und andere Apotheker von der Kassenbelieferung auszuschließen. Wenngleich die heutigen

110) Vgl. dazu die Beispiele bei Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III; § 135, Rdnr. 25 ff. (S. 149 ff.)

111) Vgl. § 3 ApG, in dem die Gründe für das Erlöschen der Apothekenbetriebserlaubnis aufgeführt sind

112) Vgl. Wolff-Bachof, a.a.O., Rdnr. 27

112 a) a.a.O., Rdnr. 30

113) Vgl. § 613 BGB, sowie § 32 Abs. 1 ZO/Ärzte bzw. ZO/Zahnärzte hinsichtlich der kassen(zahn)ärztlichen Tätigkeit

114) so ausdrücklich etwa §§ 4, 9 Abs. 1 Nr. 1 bayer. Masseurvertrag, a.a.O.

Rahmenvereinbarungen ein Recht der in Rede stehenden Leistungsanbieter auf Zugang zur Leistungsveranschaffung zu den dort vorgesehenen Bedingungen prinzipiell anerkennen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie dem rahmenvertragschließenden Berufsverband angehören oder nicht, so fragt sich doch, ob den potentiellen Leistungserbringern nicht ein gesetzlich verbürgter Zugangsanspruch zusteht. Dies deshalb, weil ein vertragliches Zugangsrecht zur Disposition der Rahmenvertragsparteien steht und etwa in Bezug auf die "Außen-seiter" einvernehmlich wieder beseitigt werden könnte, mehr aber noch deshalb, weil vom Zugang zur Leistungserbringung angesichts der nahezu umfassenden Nachfragemacht der Krankenkassen insgesamt die Existenz ganzer Berufs- und Wirtschaftszweige abhängt und damit letztlich sich die Frage effektiver¹¹⁵⁾ Wahrnehmung der von Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufs- und Gewerbefreiheit¹¹⁶⁾ stellt.

b) Zur ursprünglichen Rechtslage und Zulassungspraxis

Die mit der Leistungsbeschaffung befaßten Vorschriften der Reichsversicherungsordnung (§§ 368 ff. RVO) waren lange von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in Gestalt der Abschlußfreiheit geprägt, d. h., die Kassen konnten ihre Leistungserbringer frei auswählen und die "Bezahlung anderer" Ärzte, Krankenhäuser usw. "von dringenden Fällen abgesehen, ablehnen" (§§ 368, 371 RVO i.d.F. von 1911). Allenfalls konnte das Oberversicherungsamt einer Kasse den Abschluß zusätzlicher

115) Vgl. zum Effektivitätsprinzip bei Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 13, 181 (187); 16, 147 (165); 30, 292 (313 f.); 47, 1 (21)

116) Vgl. Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12, Rdnr. 135

Beschaffungsverträge aufgeben, wenn durch allzu restriktive Handhabung der Abschlußfreiheit die ausreichende Versorgung ihrer Versicherten mit den genannten Naturalleistungen gefährdet war (§ 372 RVO i.d.F. von 1911). Mit der beschränkten Anzahl der von einer Krankenkasse herangezogenen Leistungserbringer war auch über das Ausmaß der Wahlfreiheit unter den Anbietern entsprechender Gesundheitsleistungen entschieden. Von einer wirklich freien Wahl des Leistungserbringers durch den Versicherten konnte keine Rede sein: Hinsichtlich der ärztlichen Behandlung garantierte § 369 Satz 1 (i.d.F. von 1911) den Versicherten "die Auswahl zwischen mindestens zwei Ärzten" und auch das nur, wenn dadurch "die Kasse nicht erheblich mehr belastet" wurde. § 368 a Abs. 1 Satz 1 RVO i.d.F. des Gesetzes über Kassenarztrecht vom 17.8.1955¹¹⁷⁾ ging von einem Verhältniszahlsystem¹¹⁸⁾ aus und machte die Zulassung zur kassenärztlichen Praxis von dem hiernach berechneten Bedarf abhängig. Auch die Praxis bei der Sicherstellung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen orientierte sich am numerus-clausus-Prinzip des Kassenarztrechts, was von der damaligen sozialgerichtlichen Rechtsprechung meist unter Hinweis auf § 182 Abs. 2 RVO gebilligt wurde^{118a)}.

117) BGBI I S. 513

118) Im Zulassungsbezirk war danach "in der Regel" auf 500 Mitglieder 1 Arzt und auf 900 Mitglieder 1 Zahnarzt zuzulassen

118 a) Vgl. z. B. OVA Karlsruhe vom 5.3.1953, DOK 1953, S. 254; LSG Bad.-Württ. vom 22.12.1954, SGB 1955, S. 243; SG Hamburg vom 4.12.1957, Az.: KR 162/56 (unveröffentl.); LSG Rhld.-Pfalz vom 6.10.1955, DOK 1956, S. 179; SG München vom 16.3.1961, Az.: S 287 KV/60 (unveröffentl.)

c) Zur heutigen Rechtslage

aa) Die Kassenarzturteile des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG hat im berühmten "Kassenarzturteil" vom 23.3.1960¹¹⁹⁾ sowie im "Kassenzahnarzturteil" vom 8.2.1961¹²⁰⁾ die erwähnte Verhältniszahlklausel des § 368 a Abs. 1 Satz 1 RVO (a. F.) wegen Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG für verfassungswidrig und damit für nichtig erklärt. Nach dem Erkenntnis des BVerfG handelte es sich dabei zwar lediglich um eine "nur innerhalb der Berufssphäre des einheitlichen Berufs 'frei praktizierender Arzt'" (oder Zahnarzt) wirkende Berufsausübungsregelung¹²¹⁾, bei der die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit nach der im Apothekenurteil¹²²⁾ entwickelten "Stufentheorie" an sich am freiesten wäre¹²³⁾. Gleichwohl erschien die Verhältniszahlklausel dem BVerfG angesichts der bereits damals sehr hohen Nachfragemacht der GKV^{123a)} in ihrer Wirkung auf die selbständige Ausübung des (zahn)ärztlichen Berufs einer "objektiven Zulassungsvoraussetzung in Gestalt einer Bedürfnisklausel (so) nahe", daß sie an den insoweit geltenden strengen Maßstäben zu messen war. Da aber die Regelung zum Schutz "besonders wichtige(r) Interessen der Allgemeinheit" nicht geboten war¹²⁴⁾, konnte sie verfassungsrechtlich keinen Bestand haben.

119) BVerfGE 11, 30 ff.

120) BVerfGE 12, 144 ff.

121) BVerfGE 11, 30 (42)

122) BVerfGE 7, 377 ff.

123) a.a.O., S. 405

123 a) Das BVerfG ging im Kassenarzturteil von einem damaligen Erfassungsgrad der GKV von "rund 30 % der Bevölkerung" aus (a.a.O., S. 43)

124) a.a.O., S. 45 ff.

bb) Folgerungen für den Zugang selbständig tätiger nicht-ärztlicher Leistungsanbieter zur Leistungserbringung

Die beiden Erkenntnisse des BVerfG für den kassen(zahn)ärztlichen Bereich konnten auf die Praxis der Sicherstellung nicht-ärztlicher Leistungen durch freiberuflich oder gewerblich tätig Leistungsanbieter nicht ohne Wirkung bleiben, da die Sicherstellung jedenfalls in diesem Punkt dem Muster des Kassenarztrechts folgte und der Zugang zur Leistungserbringung ebenfalls von einem Bedarf abhängig gemacht wurde. Im Ergebnis besteht heute Einigkeit, daß jeder geeignete Leistungsanbieter einen gleichmäßigen, durch Bedarfsüberlegungen nicht beschränkbaren Anspruch auf Zugang zur Leistungserbringung auch dann hat, wenn dem Recht der GKV eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage fehlt. Woraus aber in diesen Fällen der Rechtsanspruch auf Begründung eines Leistungsbeschaffungsverhältnisses herzuleiten ist, ist fraglich. Dies umso mehr, als diese Frage dem äußerst umstrittenen und "zwiespältigen Grenzbereich zwischen Beteiligung (der öffentlichen Hand) am Privatrechtsverkehr und Ausübung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmacht" angehört¹²⁵⁾.

(1) Die sozialrechtlichen Sicherstellungsregelungen als untauglicher Ansatzpunkt

Fest steht zunächst, daß die Hinwirkungspflicht nach I § 17 Abs SGB als anspruchsbegründende Norm ausscheidet. Abgesehen davon, daß diese Vorschrift nur einige sozialpolitische Konditionen für die Leistungsgewährung und -verschaffung nennt, im übrigen aber offenläßt, wie die Leistungssicherstellung zu erfolgen hat verkörpert sie nach h. M.¹²⁶⁾ lediglich eine Verpflichtung

125) Vgl. Stern, JZ 1962, S. 181 (= Anm. zu BGHZ 36, 91 "Gummistrümpfe")

126) Vgl. Bley, SGB-Sozvers.-Gescomm., I § 17 SGB, Anm. 3 a; ders. ZSR 1976, S. 73; Schellhorn, SGB-AT, § 17, Rdnr. 6; Rode, Bochumer Komm., I § 17 SGB, Rdnr. 2

gegenüber der Gesamtheit der Versicherten. Damit aber vermittelt die Vorschrift keine individuellen Rechte¹²⁷⁾ und zwar weder dem einzelnen Versicherten noch einem Leistungsanbieter. Das gilt sogar hinsichtlich der "gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen", mit denen zusammenzuarbeiten die Sozialleistungsträger nach I § 17 Abs. 3 SGB ausdrücklich verpflichtet sind¹²⁸⁾. Ebenso wenig verschafft schließlich die durch das Krankenversicherungskostendämpfungs-Ergänzungsgesetz eingeführte Vorschrift des § 376 d RVO (§ 76 Abs. 4 KVLG) dem einzelnen Anbieter von Heil- und Hilfsmitteln einen solchen Anspruch, da sie nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers¹²⁹⁾ ebenfalls nur aufgabenzuweisender Natur ist.

(2) Grundrechtsbedingter Kontrahierungszwang?

Nimmt ein Träger öffentlicher Verwaltung - als Körperschaften des öffentlichen Rechts sind dies auch die Krankenkassen (IV § 29 Abs. 1 SGB)¹³⁰⁾ - zur Erfüllung seiner Aufgaben am wirtschaftlichen Verkehr teil, so handelt er an sich privatrechtlich mit der Folge, daß auch er sich auf den Grundsatz der Privatautonomie berufen und das daraus folgende Prinzip der Abschlußfreiheit in Anspruch nehmen könnte. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn er als Inhaber einer Monopolstellung einem Kontrahierungszwang unterliegt^{130) a)}. Eine weitere Frage

127) Vgl. Bley, a.a.O.

128) Vgl. Rode, a.a.O., Rdnr. 18; vgl. dazu auch BVerfGE 22, 180 (204 ff.)

129) Vgl. Amtl. Begr. zu Art. 1 Nr. 19, BR-Drs. 366/81, S. 14

130) Vgl. auch Art. 2 § 2 der Zwölften Verordnung zum Aufbau der Sozialversicherung vom 24.12.1935 (RGBl I S. 1537) hinsichtlich des Körperschaftsstatus der Ersatzkassen

130 a) Vgl. Palandt, § 145 BGB, Einf. 3 b

ist, ob der Staat sich durch privatrechtliches Handeln von seinen grundrechtlichen Bindungen (Art. 1 Abs. 3 GG), namentlich vor seiner Verpflichtung auf den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) freizeichnen kann, ihm letztlich also die "Flucht ins Privatrecht" möglich ist. Daran knüpft der immer noch nicht ausgetragene Streit um die Frage der "Fiskalgeltung der Grundrechte"¹³¹⁾ an. Je nachdem, welcher der hierzu entwickelten zahlreichen Lehrmeinungen¹³²⁾ man folgt, ergeben sich im konkreten Fall unterschiedliche Folgerungen.

Die wohl herrschende, vor allem von Wolff vertretene Lehre vom sog. "Verwaltungsprivatrecht" differenziert zunächst danach, ob der Verwaltungsträger mit dem konkreten, in privatrechtlichen Formen erfolgendem Handeln "unmittelbare öffentliche Verwaltungs- (Leistungs- und Lenkungs-)Zwecke" verfolgt oder ob er damit diesen Zwecken nur mittelbar dient^{132a)}. Im ersten Fall ist nach dieser Lehre die Verwaltung unter Ausschaltung der Privatautonomie an die Grundrechte gebunden mit der Folge, daß sich das formal privatrechtliche dann materiell als hoheitliches Handeln darstellt¹³³⁾. Im zweiten Fall hingegen liegt

131) Vgl. Emmerich, JuS 1970, S. 332 (333)

132) Vgl. dazu die ausführlichen Übersichten bei Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 121 ff.; Mertens, JuS 1963, S. 391; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 366 ff.; Stern, a.a.O.; Schaumann und Wertenbruch, JuS 1961, S. 105 ff.; 110 ff.

132 a) Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 23 II b (S. 108 f.); kritisch hierzu: Emmerich, JuS 1970, S. 332 (333 f.); Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, S. 100

133) Vgl. Stern, a.a.O.

nur ein "fiskalisches Hilfsgeschäft" vor, das nach Überwiegen der Ansicht allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen folgt, ohne grundrechtlichen Einschränkungen zu unterliegen¹³⁴⁾. Nach dieser Lehre wird die Subventions- und Betreuungsverwaltung ebenso als echte Hoheitsverwaltung angesehen, wie die Fälle normativer Begünstigung, z. B. nach § 74 oder § 76 BVFG oder nach § 68 BEG, hoheitlich zu bewältigen sind¹³⁵⁾.

Nah verwandt mit der Verwaltungsprivatrechtslehre ist die von Ipsen begründete "Zweistufentheorie"¹³⁶⁾, derzufolge das "Ob" der staatlichen Leistung hoheitlicher, das Leistungsaustauschverhältnis und damit das "Wie" indes privatrechtlicher Natur ist¹³⁷⁾. Ihr neigen hinsichtlich der Beschaffung nichtärztlicher Krankenhilfeleistungen zunehmend auch Stimmen in der sozialrechtlichen Literatur¹³⁸⁾ zu und auch die Rechtsprechung des BSG¹³⁹⁾ läßt eine deutliche Tendenz in diese Richtung erkennen.

Von der Verwaltungsprivatrechtslehre hebt sich die von Bachof¹⁴⁰⁾ vertretene Meinung ab, derzufolge ein Träger öffentlicher Verwaltung unbeschadet der Zwecksetzung im konkreten

134) Vgl. BGHZ 31, 24 (25); 36, 91 (95); Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 (520); Emmerich, a.a.O.

135) Vgl. BVerwGE 7, 91; 180; Kopp, BayVBl 1980, S. 609

136) Vgl. dazu die Nachweise bei Stern, a.a.O., S. 182

137) Vgl. dazu als Modellfälle: BVerwGE 1, 308; 7, 89, 180

138) Vgl. Schimmelpfeng, NJW 1976, S. 2293; Schneider-Danwitz, SGB-SozVers-Ges Komm., X § 31 SGB, Anm. 30 b

139) Vgl. BSGE 21, 104 (109); 26, 13; 38, 40; 38, 73 (74); OLG München vom 1.6.1978, DOK 1980, S. 158 mit abl. Anm. v. Siewert

140) Handbuch der Grundrechte, Band III/1, S. 175; VVDStRL 12, 63 f.; 19, S. 259 f. (= Diskussionsbeitrag)

Fall jedenfalls dann an die Grundrechte gebunden ist, wenn er substantiell öffentliche Gewalt ("Macht") ausübt und etwa als Vergeber existentieller Leistungen auftritt oder rechtliche oder faktische Monopole innehat.

Den "Drittwirkungslehren"¹⁴¹⁾ wiederum, die sich namentlich im Arbeitsrecht durchgesetzt haben ¹⁴²⁾, kommt es bei der Fiskalgeltung der Grundrechte nicht darauf an, ob ein öffentliches oder privates Rechtssubjekt gehandelt hat, da die Grundrechte ohnehin im Privatrecht Geltung hätten; Streit herrscht nur darüber, ob sie absolut oder nur (relativ) über die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des BGB Wirkung entfalten.

Zu ähnlichen Folgerungen gelangt schließlich die mit Modifikationen von Mallmann¹⁴³⁾ und Zeidler¹⁴⁴⁾ vertretene Lehre, die von der Identität von Staat und Fiskus ausgeht und daraus folgert, daß die öffentliche Gewalt durchwegs, d. h. auch bei fiskalischem Handeln, grundrechtsgebundene vollziehbare Gewalt i. S. des Art. 1 Abs. 3 GG ist.

Jedenfalls nach den letztgenannten Theorien wäre ohne weiteres ein Zugangsanspruch der Leistungsanbieter und damit ein entsprechender Kontrahierungszwang der Krankenkassen zu bejahen: Er würde bei Anwendung der von Bachof, Mallmann und Zeidler vertretenen Lehre direkt aus den in Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechten folgen und wäre dementsprechend öffentlich-rechtlicher Natur. Im Fall der Drittwirkungslehren hingegen ergäbe sich der Kontrahierungszwang bei Anwendung der zivilrechtlichen Variante und unter Heranziehung der genannten Grundrechtsvorschriften unmittelbar aus § 826 BGB,

141) Vgl. dazu die Übersicht bei Stern, a.a.O.

142) Vgl. etwa BAGE 1, S. 191 ff.

143) VVDStRL 19, S. 165 ff.

144) a.a.O., S. 208 ff., und im Anschluß hieran Bogs, BB 1963, S. 1269 ff.

wäre aber in jedem Fall wohl zivilrechtlicher Natur. Bei Zugrundelegung der herrschenden Verwaltungsprivatrechtslehre schließlich kommt es entscheidend darauf an, ob die Verschaffung der Dienst- und Sachleistungen der GKV durch Dritte der unmittelbaren oder lediglich mittelbar der Erfüllung der den Krankenkassen zugewiesenen öffentlichen Aufgaben dient. Gerade das indessen ist umstritten.

(3) Der kartellrechtliche Lösungsweg des BGH

Der BGH ist zwar in dem eineinhalb Jahre nach dem Kassenarzturteil ergangenen "Gummistrumpfurteil"¹⁴⁵⁾, wie schon in einem früheren Urteil^{145 a)} ansatzweise der herrschenden Verwaltungsprivatrechtslehre gefolgt, hat aber den unmittelbaren Bezug der Heranziehung selbständiger Leistungserbringer zu den öffentlichen Aufgaben der Krankenkassen verneint und stattdessen die insoweit unternommenen Aktivitäten als rein fiskalisches und damit privatrechtliches Handeln qualifiziert¹⁴⁶⁾. Überraschenderweise prüfte der BGH aber einen etwaigen Zugangsanspruch des klagenden Leistungsanbieters nicht auf der Grundlage des § 826 BGB, wie ihn die Vorinstanz wegen der überragenden Nachfragestärke der beklagten, den Zugang zur Leistungserbringung verweigernden AOK Berlin bejaht hatte. Da die Sozialversicherungsträger vom Anwendungsbereich des GWB nicht ausgeschlossen sind (§§ 98 ff. GWB), stellte der BGH vielmehr darauf ab, ob die Krankenkasse(n) aufgrund ihrer konkreten Markstellung oder als Teil einer regional umfassenden Nachfragemacht und unbeschadet ihres öffentlich-rechtlichen Status als "marktbeherrschende(s) Unternehmen" i. S. des § 22 GWB und damit als

145) vom 26.10.1961, BGHZ 36, 91; seither ständige Rechtsprechung: vgl. auch WUV/E BGH 1423 (Augenoptiker)

145 a) BGHZ 29, 76

146) Vgl. a.a.O., S. 95

Adressat der Anti-Diskriminierungsvorschrift in § 26 Abs. 2 GWB anzusehen sei(en)¹⁴⁷⁾. Nach dieser Vorschrift darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein "anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, (hier also den Anbietern von Gesundheitsleistungen) weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln". Zwar verwies der BGH den konkreten Rechtsstreit, da nur die Belieferung mit einem einzigen Artikel (= Gummistrümpfe) und nicht das gesamte Krankenpflegesortiment des klagenden Einzelhandelsgeschäfts streitgegenständlich war, zur weiteren Sachaufklärung an die Vorinstanz zurück. Gleichwohl sieht der BGH seither in ständiger Rechtsprechung die Krankenkassen als "marktbeherrschende"¹⁴⁸⁾ und die entsprechenden Leistungsanbieter als "andere Unternehmen"¹⁴⁹⁾ an und folgerichtig ist danach sowohl die Verweigerung des Zugangs zur Leistungsveranschaffung als auch der Ausschluß¹⁵⁰⁾ hiervon an § 26 Abs. 2 GWB zu messen. Namentlich mit Bedarfs Gesichtspunkten kann hiernach eine Ablehnung der Krankenkassen, mit Leistungsanbietern in ein Verschaffungsverhältnis einzutreten, nicht begründet werden.

(4) Eigene Stellungnahme

Die Rechtsprechung des BGH zur Beschaffung nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen von gewerblichen und freiberuflichen

147) Vgl. a.a.O., S. 100 ff.

148) Vgl. WuW/E BGH 675, 678;

149) Vgl. BGHZ 67, 81 (84);

150) Vgl. dazu WuW/E BGH 1423; OLG Hamm, DOK 1975, S. 392 m. Anm. v. Siewert

Leistungsanbietern hat in der Literatur nicht nur Zustimmung¹⁵¹⁾ gefunden, sondern ist auch auf Ablehnung¹⁵²⁾ gestoßen, wobei die Kritik vor allem auch im Zusammenhang mit der noch zu erörternden Rechtswegfrage artikuliert wird.

Die Kritik an der Rechtsprechung des BGH hat vor allem an der apodiktischen Ausgangsprämisse anzusetzen, die in Rede stehenden Beschaffungsmaßnahmen seien als (zivilrechtliche) fiskalische Hilfsgeschäfte anzusehen. Dies überrascht schon deshalb, weil damit die Wahrnehmung des öffentlichen Sicherstellungsauftrags der Krankenkassen durch "Indienstnahme Privater"¹⁵³⁾ mit dem bekannten Schulbeispiel für ein fiskalisches Hilfsgeschäft, nämlich dem Kohlenkauf durch das Finanzamt (oder durch eine Krankenkasse) auf eine Stufe gestellt wird, obwohl das qualitative Gefälle zwischen beiden Vorgängen auf der Hand liegt. Selbst Emmerich^{153a)}, der im Ergebnis dem BGH zustimmt, bemängelt ganz allgemein, daß der BGH in diesen Fällen durchwegs im Dunkeln gelassen habe, welche Kriterien ihn letztlich dazu bewegten, Fiskaltätigkeiten von Verwaltungsträgern einmal als der unmittelbaren, ein andermal - wie hier - aber nur als der mittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienend anzusehen. Die Heranziehung privater Leistungsanbieter ist eine Form, das die GKV beherrschende Naturalerleistungsprinzip effektiv zu verwirklichen. Außerdem ist, worauf Rohwer-Kahlmann¹⁵⁴⁾

151) Vgl. etwa: Emmerich, a.a.O.; Koenigs, JuS 1962, S. 342 (346); Kracht, NJW 1962, S. 187; Krauskopf, DOK 1972, S. 835; Siewert, a.a.O.

152) Bogs, a.a.O.; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 30; Stern, a.a.O.; Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 ff., 197 ff. (245 ff.); ders., SGB 1980, S. 89 ff.; ders., Festschrift für Wannagat, S. 351 (359, 366)

153) von Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, S. 70, 73

153 a) JuS 1970, S. 332 (334)

154) ZSR 1980, S. 197 (245 ff.)

zutreffend hinweist, zu berücksichtigen, "daß es sich bei der Versorgung mit Heilmitteln und Brillen nicht nur um die Lieferung des Materials (vorfabrizierte Gummistrümpfe, Brillengestelle und Gläser), sondern ... um die Anpassung des zu liefernden Materials an die individuellen Gegebenheiten ... des Versorgungsberechtigten handelt, daß also neben Sachleistungspflichten auch Dienstleistungspflichten erwachsen, wenn die Kasse inpflichtgenommene Dritte einschaltet und diese dann für die Kasse deren öffentliche Versorgungsaufgabe erfüllen".

In Anbetracht dessen und angesichts der Tatsache, daß der private Leistungserbringer für die Krankenkasse deren Verpflichtung zu ordnungsgemäßer Leistungsgewährung gegenüber dem Versicherten erfüllen soll, kann also keine Rede davon sein, der Zugang von Leistungsanbietern zur Leistungsveranschaffung diene lediglich mittelbar der Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben (hier: der Naturalleistungsgewährung) der Krankenkassen¹⁵⁵⁾. Dementsprechend sieht auch das BSG in ständiger Rechtsprechung Maßnahmen zur Sicherstellung der knappschaftsärztlichen Versorgung (Zulassung eines Arztes oder Zulassungsentziehung)¹⁵⁶⁾ oder die Bestellung zum Durchgangsarzt¹⁵⁷⁾ einer Berufsgenossenschaft - beides Vorgänge, die im Gesetz entweder überhaupt nicht¹⁵⁸⁾ oder nur ebenso andeutungsweise¹⁵⁹⁾ wie die Heranziehung nichtärztlicher Dienst- oder Leistungserbringer in der GKV zur Sprache kommen - nicht als

155) ebenso Rohwer-Kahlmann, a.a.O.; ders., ZSR 1980, S. 92 ff.; ders., SGB 1980, S. 89 ff.; Schimmelpfeng-Schütte, SGB 1980, 379 (383); im Ergebnis ebenso OLG München vom 1.6.1978, DOK 1980, S. 158

156) BSGE 21, 104; 38, 40

157) BSGE 37, 267

158) so im Fall der D-Arzt-Bestellung

159) § 204 Abs. 1 RKnG lautet lapidar: "Das Verhältnis zu Ärzten, Zahnärzten, Zahntechnikern, Krankenhäusern und Apotheken regelt die Bundesknappschaft nach den örtlichen Verhältnissen. Für das Verhältnis zu Apotheken gelten die Vorschriften der §§ 375, 376 der Reichsversicherungssordnung entsprechend".

(privatrechtliche) Hilfsgeschäfte, sondern als (unmittelbar) der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben der Knappschaft oder der Berufsgenossenschaft dienende (und daher schlicht hoheitliche) Maßnahmen an¹⁶⁰⁾. Erfüllen die Krankenkassen also mit den fraglichen Beschaffungsmaßnahmen unmittelbar ihren Sicherstellungsauftrag, dann sind sie auf der Grundlage der herrschenden Verwaltungsprivatrechtslehre als "vollziehbare Gewalt" i. S. des Art. 1 Abs. 3 GG "an die Grundrechte, insbesondere an die Freiheitsrechte, an den Gleichheitssatz und an das Übermaßverbot gebunden", ohne daß es "auf die Form ihres Tätigwerdens" ankommt¹⁶¹⁾.

Aber selbst wenn man die Beschaffungsmaßnahmen nicht unter dem Blickwinkel der Sicherstellungsfunktion, sondern im Lichte des existenziellen Angewiesenseins der Leistungsanbieter sieht, ergibt sich nichts anderes. Indem die Krankenkassen auf dem Markt der Gesundheitsgüter aufgrund des Naturalleistungsprinzips und aufgrund der nahezu totalen Erfassung der Bevölkerung zwischen Leistungsanbietern und Begünstigten als eigentliche Leistungsnachfrager stehen, ist es geboten, den Leistungsanbietern den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zuteil werden zu lassen, denn ohne Beteiligung an der Leistungsveranschaffung könnten sie ihren Beruf oder ihr Gewerbe nicht effektiv ausüben. Zwar mag der Leistungsanbieter über das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB letzten Endes genauso geschützt sein, wie unter direkter Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG. Allein die Maßstäbe des Art. 12 Abs. 1 GG bleiben im Kartellrecht unberücksichtigt. Nach Sachlage kommt es aber gerade darauf an, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit hier seine volle Geltung entfaltet, denn nur so ist das Schutzinteresse der Leistungsanbieter, ihren Beruf auch tatsächlich selbständig ausüben zu können, sachgerecht zu verwirklichen. Das erwähnte wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot allein vermag dies nicht zu leisten^{161a)}. Es wäre auch nicht recht einzusehen, warum den nichtärztlichen Leistungsanbietern insofern der

160) so ausdrücklich BSGE 45, 109 (111) - Konkursantrag durch Krankenkasse -

161) Vgl. Wolff/Bachof, a.a.O., S. 109

161 a) Vgl. a.a.O.

Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG deshalb nicht zuteil werden sollte, weil in ihrem Fall, anders als bei den ärztlichen Leistungsanbietern, einfachgesetzliche Zugangsregelungen fehlen. Dies schon deshalb, weil die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) "den Rechtswert einer Vermutung für eine Vollziehbarkeit der Grundrechtsnormen unmittelbar von Verfassungen wegen" in sich trägt¹⁶²⁾.

Nun sind allerdings die Grundrechte nach klassisch-liberalem Verständnis auf staatliches Unterlassen gerichtete Abwehrrechte, nicht aber Anspruchsgrundlagen für positives Tun oder Teilhabe am Staat^{162a)}. Dieses Verständnis gilt indes nicht mehr unangefochten, denn in neuerer Zeit werden die Grundrechte aus sozialstaatlicher Sicht auch im letztgenannten Sinne interpretiert. So hat das BVerwG¹⁶³⁾ aus der Grundrechtsgarantie zur Errichtung privater Schulen (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG) für private Ersatzschulen, die immerhin den Staat von eigenen Bildungsaufgaben entlasten, einen Subventionsanspruch abgeleitet, da diese ohne staatliche Hilfe in der Regel nicht existenzfähig sind, die Grundrechtsverbürgung daher ohne Subventionierung "leerlaufen" würde. In ähnlicher Weise hat das BVerfG^{163a)} aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) eine Pflicht zu einer die Freiheit der Wissenschaft achtenden Organisation staatlicher Hochschulen hergeleitet. Dies, nachdem es bereits im Numerus-clausus-Urteil von 1972¹⁶⁴⁾ den Teilhabecharakter des Art. 12 Abs. 1 GG in bezug auf den Zugang zum Hochschulstudium anerkannt hatte. Da der Staat im Hochschulbereich ein faktisches Monopol innehat, sei nämlich andernfalls das Freiheitsrecht (Wahl der Ausbildungsstätte) "ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos". Das BVerfG hat zwar ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schaffung neuer Ausbildungsplätze prinzipiell verneint, weil dies unter dem Vorbehalt des Möglichen stehe und hierbei auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen seien; in den Grenzen

162) Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 1 GG, Rdnr. 93

162 a) Vgl. a.a.O., Rdnrn. 94 f.

163) BVerwGE 23, 347 (349 f.); 27, 360 (362 ff.)

163 a) BVerfGE 35, 79 (114 ff.)

164) BVerfGE 33, 303 (329 ff.)

der vorhandenen Kapazitäten folge jedoch aus den erwähnten Gründen aus Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) ein unmittelbares Zugangsrecht des Staatsbürgers mit Hochschulreife zu einem Hochschulstudium seiner Wahl^{164a)}.

Diese Rechtsprechung und das ihm zugrundeliegende gewandelte Grundrechtsverständnis ist in der Literatur auf viel Kritik gestoßen. Es wird befürchtet, daß hieraus ungeahnte, uferlose, kaum noch steuerbare Leistungsansprüche gegen die öffentliche Hand erwachsen könnten¹⁶⁵⁾. Diese Befürchtung hat gewiß etwas für sich, um so mehr, als solche Kosequenzen sehr schnell mit der Kompetenz der Parlamente, die finanziellen Prioritäten zu setzen, in Konflikt geraten müßten^{165a)}. Dieser Betrachtungsweise hält allerdings Häberle¹⁶⁶⁾ zu Recht entgegen, daß sie "zu sehr auf materielle Ansprüche fixiert" ist. Dem gewandelten Grundrechtsverständnis geht es nicht darum, dem Bürger alle seine Wünsche zu erfüllen. Sein recht verstandenes Anliegen ist es vielmehr, daß der Bürger nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich nicht gehindert wird, ihm zustehende Grundrechte zu verwirklichen. Letztlich geht es ihm also um "freiheitliche Teilhabe"^{166a)}, um die schlichte "Effektivierung von Freiheitsrechten"¹⁶⁷⁾ und zwar in einer Weise, "welche den Freiheiten reale Bedeutung im sozialen Leben erhält"^{167a)}.

Gerade darum geht es aber auch hier: Wenn der Staat ein auf dem Naturalleistungsprinzip basierendes gesetzliches Krankenversicherungssystem geschaffen hat, dessen Leistungsangebot kontinuierlich ausgeweitet wurde und das heute fast die gesamte Bevölkerung erfaßt, so daß ein nennenswerter privater Markt für

164 a) Vgl. a.a.O., S. 333 ff.

165) Vgl. dazu etwa Ossenbühl, NJW 1976, S. 2100 (2104 f.) m.w.N.; Rupp, AöR 101 (1976), S. 161 (176 ff.); s. a. Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG, Rdnrn. 113 a ff.

165 a) Vgl. Ossenbühl, a.a.O., S. 2105

166) VVDStRL 30 (1972), S. 43 (89)

166 a) a.a.O., S. 91

167) Rübner, Festschrift für Wannagat, S. 379 (386); vgl. übrigens zum Effektivitätsgedanken in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG die in Fn. 115 (S. 187) zitierten Nachweise

167 a) Rübner, a.a.O., S. 388

gesundheitliche Güter kaum noch existiert, dann kann vor dem dargelegten Hintergrund das Fehlen ausreichender einfachgesetzlicher Anspruchsgrundlagen nur dadurch kompensiert werden, daß man einen Rechtsanspruch auf Zulassung selbständigstätiger nicht-ärztlicher Leistungsanbieter unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG herleitet, um so dem erwähnten Zweck staatlicher Grundrechtsverpflichtung gerechtzuwerden.

Je größer dabei aber das Angewiesensein des Leistungsanbieters auf Zugang zur Leistungsverschaffung ist, desto strengeren Anforderungen unterliegt die Zugangsschwelle, denn nach den im Kassenarzturteil entwickelten Grundsätzen¹⁶⁸⁾ betrifft diese dann materiell die Stufe der Berufswahl, während sonst nur die Stufe der Berufsausübung betroffen ist, auf der die öffentliche Gewalt weniger strengen Bindungen unterworfen ist.

Konkret bedeutet dies, daß all den Leistungsanbietern, die von der GKV "leben" eher der Zugang zur Leistungsverschaffung zu ermöglichen ist als jenen, aus deren Gesamtangebot für die Träger der GKV nur eine partielle Güternachfrage in Betracht kommt, wie dies etwa beim Drogisten in bezug auf freiverkäufliche Arzneimittel der Fall ist¹⁶⁹⁾. Demzufolge begegnet die Vorschrift des § 375 RVO, die es den Kassen gestattet, wegen Lieferung freiverkäuflicher Arzneimittel (§ 50 Abs. 1 AMG) - hinsichtlich apothekenpflichtiger Arzneimittel hat die Vorschrift wegen des insoweit geltenden unabdingbaren Festpreissystems¹⁷⁰⁾ ohnehin keine praktische Bedeutung mehr - mit einzelnen Apotheken Vorzugsbedingungen auszuhandeln und dann andere (Apotheken) von der Belieferung auszuschließen, im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Da freiverkäufliche Arzneimittel sicher nicht die Existenzbasis der Apotheken bilden, handelt es sich insoweit nämlich nur um eine Regelung auf der Stufe der Berufsausübung. Als Berufsausübungsregelung ist eine

168) Vgl. dazu oben E II 6, c) aa) (S. 189 ff.)

169) Vgl. dazu BVerfGE 9, 73; BVerfGE 16, 286, 296 ff. (Beteiligung von Chefärzten an der kassenärztlichen Versorgung); BSGE 21, 104, 109 (Zulassung als Sprengelarzt zur knappschaftsärztlichen Versorgung)

170) Vgl. dazu oben Abschnitt E II 4 b) cc) (S. 174 f.)

Vorschrift aber bereits dann legitimiert, wenn ihr vernünftige Gemeinwohlerwägungen zugrunde liegen und sie auch keine unzumutbaren Auswirkungen auf die Betroffenen hat¹⁷¹⁾. Das ist bei der genannten Regelung der Fall, weil sie ersichtlich den legitimen Zweck wirtschaftlicher und sparsamer Mittelverwendung verfolgt und die Betroffenen nicht übermäßig belastet¹⁷²⁾. Allerdings darf das Ausschlußrecht der Krankenkasse mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht willkürlich wahrgenommen werden, etwa in dem Sinne, daß auch solche Apotheker von der Kassenbelieferung ferngehalten werden dürften, die bereit sind, die mit anderen Apothekern vereinbarten Vorzugsbedingungen auch für sich zu akzeptieren¹⁷³⁾. Die Vorschrift des § 375 RVO wendet sich bei verfassungskonformer Anwendung also allenfalls gegen solche Apotheker, die z. B. rahmenvertraglich vereinbarte Preise für freiverkäufliche Arzneimittel nicht akzeptieren und stattdessen ihre eigenen Preisvorstellungen durchsetzen wollen¹⁷⁴⁾.

Was die (rahmenvertragliche) Beschaffung der übrigen nicht-ärztlichen Dienst- und Sachleistungen betrifft, so gilt auf der Grundlage der obigen Ausführungen folgendes: Den in den Rahmenvereinbarungen durchwegs vorgesehenen Zugangsvoraussetzungen steht zunächst der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG nicht entgegen, wenn und soweit sie auf die allgemeinen Vorgaben des Rechts der GKV zurückzuführen sind. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, daß sich

171) Vgl. BVerfGE 16, 147; 21, 227

172) im Ergebnis ebenso Bogs, a.a.O., S. 1273

173) so wohl auch Zacher, a.a.O., S. 35

174) Abweichend: Krauskopf, a.a.O., § 375 RVO, Anm. 1, der auf das ungeklärte Verhältnis zwischen § 375 RVO und dem Kartellrecht hinweist

"auch aus einer Gesamtregelung eine hinreichend erkennbare und bestimmte, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Regelung der Berufsausübung ergeben" kann¹⁷⁵⁾. Das ist hier aber der Fall, weil die rahmenvertraglichen Zugangsanforderungen im wesentlichen im Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG) fundiert sind und dieses letztlich konkretisieren. In materieller Hinsicht betreffen die Zugangsvoraussetzungen zwar nur die Stufe Berufsausübung, da mit der Kassenzulassung des Leistungsanbieters - analog den Darlegungen des BVerfG im Kassenarzturteil - kein Berufswechsel verbunden ist, sie kommen indes nach Sachlage ebenfalls einer Berufszulassungsregelung so nahe, daß sie "nur gerechtfertigt (sind), wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert (sind), die anders nicht geschützt werden können"¹⁷⁶⁾. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt¹⁷⁷⁾, kann sich ein solches Interesse auch aus besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen des Gesetzgebers ergeben. Die in Rede stehenden Zugangsanforderungen verfolgen aber den Zweck, dem Versicherten ordnungsgemäße, den Maßstäben des Krankenversicherungsrechts entsprechende Dienst- und Sachleistungen im Bedarfsfall zukommen zu lassen. Sie liegen im Interesse der Leistungs- und damit der Funktionsfähigkeit der GKV schlechthin, Werten also, deren hohe Gemeinschaftswichtigkeit schon im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip außer Frage stehen dürfte.

Nichts anderes gilt hinsichtlich der dargelegten, in den Rahmenvereinbarungen vorgesehenen Gründe für die

175) Vgl. BVerfG vom 1.7.1980, NJW 1980, S. 1900 (1901)

176) Vgl. BVerfGE 11, 30 (45)

177) Vgl. oben Abschnitt B III 2 b), bb) (S. 74 ff.)

Beendigung eines Verschaffungsverhältnisses. Praktisch bedeutsam ist in diesem Zusammenhang vor allem der "Ausschluß" des Leistungserbringers wegen mehr oder weniger gravierender Verletzung von Rahmenvertragspflichten, die lediglich Art und Weise der Tätigkeit als Leistungserbringer betreffen. Auch derartige Verpflichtungen dürfen nicht weiterreichen, als dies durch die mit dem Leistungsververschaffungsverhältnis verfolgten Zwecke unbedingt geboten ist¹⁷⁸⁾. Vorrangiger Kontrollmaßstab ist auch insofern wieder Art. 12 Abs. 1 GG, wenn es infolge Vertragspflichtverletzung zur Sanktion des Ausschusses von Leistungsververschaffung bzw. zum "Widerruf" der Zulassung kommt, umso mehr als dieser actus contrarius der Zulassung ist. Zusätzlich kommt beim Ausschluß auch noch die Eigentums-garantie (Art. 14 Abs. 1 GG) ins Spiel, und zwar in Gestalt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Auch sie verbietet die Sanktionierung von Bindungen des Leistungserbringers, die durch Erfordernisse einer geordneten Naturalleistungsbeschaffung nicht geboten sind^{178 a)}.

III. Leistungssicherstellung durch Eigeneinrichtungen der Krankenkassen (Selbstabgabe)?

1. Zur Problematik

Die Sicherstellung der von der GKV vorgesehenen Leistungen durch Dritte ist zwar, wie in Teil II dieses Abschnitts dargestellt, in der Praxis die Regel. Dies entspricht, soweit nicht

178) ähnlich auch Wolff/Bachof, a.a.O., S. 109

178 a) Vgl. Meydam, SozVers. 1980, S. 281 (284)

schon ausdrücklich zugunsten bestimmter Leistungsanbieter angeordnet (Ärzte, Zahnärzte, Hebammen, Krankenhäuser), hinsichtlich der freien Wohlfahrts- und Hilfsorganisationen dem Kooperationsgebot nach I § 17 Abs. 3 SGB und hinsichtlich der freiberuflichen oder gewerblichen Leistungsanbieter der Bindung der Krankenkassen an die Grundrechte (hier: Art. 12 i.V. mit Art. 3 GG).

Fraglich ist jedoch, ob die Krankenkassen in den letztgenannten Fällen sich ebenfalls der Leistungsveranschaffung widmen und so durch Selbstabgabe mit den privaten und anderen Leistungsanbietern in Wettbewerb treten dürfen. Die Hinwirkungspflicht nach § § 17 Abs. 1 SGB und das Naturalleistungsprinzip sind in beiderlei Hinsicht offen und lassen daher sowohl den Typus der Fremdagabe, bei dem die Kassen die geschuldete Leistung über Dritte "vermitteln", als auch den Typus der Selbstabgabe als denkbar erscheinen¹⁷⁹⁾, bei dem die Krankenkassen Eigenbetriebe installieren, sie in der erforderlichen Weise personell und sächlich ausstatten und so ggf. nach Beschaffung industriell vorgefertigter Waren, den Versicherten die konkret beanspruchte Dienst- oder Sachleistung unmittelbar verschaffen.

Die Praxis der Selbstabgabe war vor allem nach dem 1. Weltkrieg weitverbreitet¹⁸⁰⁾. Vereinzelt existieren Eigeneinrichtungen von Krankenkassen indes auch heute noch. Als Rechtsproblem ist die Selbstabgabe erneut aktuell geworden,

179) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 33, 111 f.

180) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 7 ff.; von Maydell/Scholz, a.a.O., S. 37 ff.; sowie als zeitgenössische Stimmen: Scherer, Pharmazeutische Zeitung 1926, S. 16 ff. und Meyer, Apothekerzeitung 1930, S. 1177 ff. einerseits, sowie Jahrbuch der Krankenversicherung 1925, S. 46 f.; 1930, S. 123 andererseits

als zuletzt die Allgemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Leer/Friesland eine Brillenabgabestelle für ihre Versicherten einrichtete und damit 4 von 273 Allgemeinen Ortskrankenkassen sowie 1 Betriebskrankenkasse (der Firma Krupp) entsprechende Eigeneinrichtungen unterhielten, Einrichtungen zudem, die sich nicht nur auf die Abgabe von schlichten "Kassenbrillen" beschränkten, sondern auch aufwendige "Feinbrillen" (gegen Zahlung des Versicherten) vorrätig hielten. Der Selbstabgabegedanke ist für die Krankenkassen nicht zuletzt unter dem (aktuellen) Gesichtspunkt der Kostendämpfung attraktiv, weil die Kassen die Leistung ggf. billiger verschaffen könn(t)en¹⁸¹⁾. Dem wird jedoch das Argument entgegengehalten, die Kassen verschafften sich dadurch unlautere Wettbewerbsvorteile, insbesondere durch Steuerprivilegien¹⁸²⁾. Selbstabgabe sei angesichts der Nachfragemacht der Krankenversicherungsträger eine "faktische Verdrängungskonkurrenz"¹⁸³⁾ und führe letztlich zur "kalten Sozialisierung" ganzer Berufsgruppen und Gewerbezweige, dazu also, daß die Angehörigen die hiervon betroffenen Berufe nur noch unselbständig als Kassenangestellte ausüben könnten¹⁸⁴⁾. Einige der Selbstabgabestellen für Brillen unterhaltenden Allgemeinen Ortskrankenkassen (Düsseldorf und Leer/Ostfriesland) wurden denn auch von betroffenen Augenoptikern und Augenoptikerinnungen nach § 1 UWG auf Unterlassung

181) Vgl. Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 (94)

182) Vgl. von Maydell/Scholz, a.a.O., S. 55; das Problem "Selbstabgabe" ist letztlich ein Teilaspekt der Globalproblematik "Eigenwirtschaft der öffentlichen Hand", die namentlich im kommunalen Bereich immer wieder Anlaß zu Auseinandersetzungen gibt; vgl. dazu etwa RGZ 138, 174 (Jugendherberge); BVerwG 36, 336 (Kommunale Wohnungsvermittlung); BGH vom 26.4.1974, DÖV 1974, S. 735 m. Anm. Püttner (Kfz-Schilderverkauf) und aus der neueren Literatur: Battis, GewArch 1982, S. 145 ff., Hubmann, WiVerw 1982, S. 41 ff.; Stober, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1981, S. 565 ff.; Badura, ZHR 1982, S. 448 ff.; Ulmer, ebenda, S. 466 ff.

183) von Maydell/Scholz, a.a.O., S. 12

184) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 3, 91

in Anspruch genommen. Während die Klagen vor den Landgerichten Aurich und Düsseldorf, sowie vor den Oberlandesgerichten Oldenburg¹⁸⁵⁾ und Düsseldorf¹⁸⁶⁾ ohne Erfolg blieben, soweit es um die grundsätzliche Zulässigkeit der Selbstabgabe ging, hat ihnen der 1. Zivilsenat des BGH¹⁸⁷⁾ letztlich in vollem Umfang stattgegeben.

2. Regelungsansätze innerhalb und außerhalb des Rechts der GKV

Das geltende Recht läßt nur partiell eindeutige Rückschlüsse auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Selbstabgabe zu.

a) Ärztliche und zahnärztliche Versorgung

Die Sicherstellung der (kassen)ärztlichen und der (kassen)zahnärztlichen Versorgung obliegt nicht den Krankenkassen. Sicherstellungsadressaten sind vielmehr die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen (§ 368 n Abs. 1 RVO). Daraus könnte man folgern, daß den Kassen insoweit jegliche Kompetenz zur Errichtung und Unterhaltung von Eigeneinrichtungen fehlt. Gleichwohl lassen § 368 d Abs. 1 Satz 1 RVO und § 368 f Abs. 5 Satz 2 RVO kasseneigene Einrichtungen zur Verschaffung ärztlicher und zahnärztlicher Leistungen zu. Allerdings gilt dies nur für den "Altbestand" an Eigeneinrichtungen zur Verschaffung ärztlicher und zahnärztlicher Dienst- und Sachleistungen. Neue Selbstabgabestellen dürfen - ebenso wie die Erweiterung bestehender Eigeneinrichtungen - seit Inkrafttreten des Gesetzes

185) vom 3.1.1980; Az.: 1 U 197/78 - 2 O 350/78 (unveröff.)

186) vom 22.5.1980, Az.: 2 U 137/78 - 12 O 168/78 (unveröff.)

187) Urteile vom 18.12.1981, NJW 1982, S. 2117 (= SGb 1982, S. 407) und I ZR 116/80 (unveröff.)

über Kassenarztrecht "nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung" etabliert werden (§ 368 d Abs. 1 Satz 4 RVO)¹⁸⁸⁾.

b) Krankenhäuser und Genesungsheime

Nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 RVO bedürfen u. a. Vorstandsbeschlüsse über die Errichtung von Krankenhäusern und Genesungsheimen der Zustimmung der Vertreterversammlung. Incidenter erscheint damit auch insoweit die Möglichkeit zu Eigenleistungen eröffnet zu sein. Einrichtung und Betrieb von Genesungsheimen ist dabei allerdings eine von den Landesversicherungsanstalten wahrzunehmende sog. "Gemeinschaftsaufgabe" der Krankenversicherung geworden¹⁸⁹⁾. Was die Frage kasseneigener Krankenhäuser betrifft, so ist das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) in Betracht zu ziehen. Soferne sie nur der Versorgung eigener Versicherter dienen, scheidet gem. § 4 Abs. 3 Nr. 5 KHG eine Förderung, d. h. eine Beteiligung des Staates an den Investitionskosten (§ 4 Abs. 1 Satz 1 KHG) von vornherein aus. Die Neuerrichtung eines kasseneigenen Krankenhauses nur zur Versorgung der eigenen Versicherten, käme so "teurer" als die Errichtung geförderter Krankenhäuser und würde daher den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, auf die die Kassen nach IV § 69 SGB verpflichtet sind, zuwiderlaufen, so daß insoweit Unzulässigkeit anzunehmen ist¹⁹⁰⁾. Wäre jedoch ein kasseneigenes Krankenhaus der allgemeinen Versorgung der Bevölkerung gewidmet, so wäre für die staatliche Förderungs-

188) Vgl. dazu Heinemann-Liebold, a.a.O., § 368 d RVO, Rdnr. C 220 ff.; (S. C 154 ff.) m.w.N.

189) Vgl. Abschnitt II Art. 2 § 1 Sozialversicherungs-Aufbaugesetz vom 5.7.1934 (RGBl I S. 577) i.V. mit Nr. 1 der Dritten AufbauVO vom 18.12.1934 (RGBl I S. 1266)

190) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 72 f.

fähigkeit ein durch Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan des Landes ausgewiesener und festgestellter Bedarf Voraussetzung (§ 8 Abs. 1 KHG). In dieser Hinsicht ist aber festzuhalten, daß die Errichtung von Allgemeinversorgungskrankenhäusern zu den traditionellen Pflichtaufgaben der Landkreise und kreisfreien Städte gehört¹⁹¹⁾. Wenn aber die Vorhaltung bedarfsnotwendiger Krankenhäuser eine öffentliche (kommunale) Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge ist, dann ist für die Errichtung zusätzlicher kasseneigener Krankenhäuser kein Raum mehr. Dies auch deshalb, weil andernfalls die Konzeption des Krankenhausfinanzierungsgesetzes unterlaufen werden könnte, die gerade auf eine Lastenteilung zwischen Staat, Krankenhausträger und Krankenkassen abzielt, indem ersterer die Investitionskosten des Trägers bezuschußt und letztere, abgesehen von den sog. "Selbstkosten" des Trägers, über die Pflegesätze den laufenden Unterhalt des Bedarfsplan-Krankenhauses finanzieren sollen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß sonach eine Krankenkasse auf die Aufgabenträger allenfalls einwirken kann, ein etwa vorhandenes Bedarfsdefizit zu beseitigen¹⁹²⁾, während es ihr in jedem Fall verwehrt ist,

191) Vgl. etwa Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 BayLKrO, Art. 9 Abs. 1 Satz 2 BayGO, die den Landkreisen und kreisfreien Gemeinden die Errichtung und Unterhaltung der "erforderlichen" (!) Krankenhäuser auferlegen. Hinzukommt noch die Sicherstellungspflicht der Bezirke hinsichtlich der Fachkrankenhäuser für Psychiatrie, für Neurologie und für Suchtkrankheiten (Art. 48 Abs. 3 Nr. 1 BayBezO)

192) Vgl. Amtl. Begr. zu I § 17 SGB, BT-Drs. 7/868, S. 26

kasseneigene Krankenhäuser neu zu errichten¹⁹³⁾. Eine Ausnahme gilt lediglich für Kur- oder Spezialeinrichtungen i. S. des § 184 a RVO und des § 17 a KVLG. Insoweit fehlt zum einen ein besonderer Sicherstellungsauftrag anderer Träger öffentlicher Verwaltung und zum anderen sind solche Einrichtungen gem. § 4 Abs. 3 Nr. 7 KHG nicht förderfähig. Auch der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dürfte daher solchen kasseneigenen Einrichtungen nicht entgegenstehen¹⁹⁴⁾.

c) Hebammenhilfe und Rettungsdienste

Angesichts des vom Staat oder von kommunalen Gebietskörperschaften zu deckenden Bedarfs¹⁹⁵⁾ wäre ferner auch kein Bedürfnis für kasseneigene Hebammen- und Rettungsdienste vorhanden. Abgesehen davon würde die Einrichtung kasseneigener Hebammendienste mit der eindeutigen Konzeption des Hebammen-Berufsrechts kollidieren, derzufolge ambulante Hebammendienste nur von freiberuflich tätigen (niedergelassenen) Hebammen aufgrund einer Niederlassungserlaubnis verrichtet werden dürfen (§ 19 HebG). Auf jeden Fall aber wäre die Etablierung derartiger kasseneigener Dienste neben den bereits bestehenden einschlägigen Leistungsangeboten mit den bereits erwähnten Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wiederum nicht zu vereinbaren, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt die Zulässigkeit von Eigeneinrichtungen zu verneinen ist.

193) ebenso Zacher, a.a.O., S. 73

194) im Ergebnis wohl ebenso Zacher, a.a.O., S. 77

195) Vgl. dazu oben Abschnitt E II 2 c) (S. 153 ff.)
und Abschnitt D I (S. 123 f.)

d) Ambulante Pflegedienste

Nach § 185 a RVO können Krankenkassen "mit räumlich weit ausgedehntem Bezirke" "Krankenschwestern als Pflegepersonen oder als Gehilfinnen des Arztes anstellen". Der Gesetzgeber hat mit dieser im Jahre 1924 eingefügten Regelung¹⁹⁶⁾ auf der Grundlage des "im Hinblick auf die Not von Volk und Reich" ergangenen Ermächtigungsgesetzes vom 8.12.1923^{196 a)} die Verbesserung der ambulant-ärztlichen und stationären Versorgung der Versicherten auf dem flachen Lande beabsichtigt¹⁹⁷⁾. Sie ist heute kaum noch praktisch relevant¹⁹⁸⁾, umso mehr, als auch der mit Wirkung vom 1.1.1974 eingefügte¹⁹⁹⁾ § 376 b Satz 1 RVO den Kassen ausdrücklich gestattet, die zur Gewährung von häuslicher Krankenpflege und von Haushaltshilfe benötigten Personen anzustellen. Die Vorschrift wurde aus dem Recht der landwirtschaftlichen Krankenversicherung (§ 77 KVLG) übernommen²⁰⁰⁾, wo sie vor allem hinsichtlich der Sicherstellung der Betriebs- und Haushaltshilfe gem. § 34 KVLG (Dorfhelfer!) größere praktische Bedeutung erlangt hat²⁰¹⁾.

196) §§ 1, 7 der Verordnung über Krankenversicherung vom 15.2.1924 (RGBl I S. 379) sowie Bekanntmachung vom 15.12.1924 (RGBl I S. 779)

196 a) RGBl I S. 1179

197) Vgl. Kühne, Krankenversicherung, 2. Aufl., 1939, § 185 a RVO, Anm. 2; Heinze, a.a.O., § 185 a RVO, Anm. 2

198) Vgl. a.a.O., Anm. 4

199) § 1 Nr. 5 Leistungsverbesserungsgesetz (KLVG) vom 19.12.1973 (BGBl I S. 1925)

200) Vgl. Amtl. Begr. zu § 1 Nr. 5 KLVG; BT-Drs. 7/377, S. 5

201) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 67 m.w.N.

e) Arzneimittelversorgung

Nicht aus spezifisch krankenversicherungsrechtlichen, sondern aus den Vorschriften des Arzneimittel- und Apothekenrechts ergibt sich schließlich, daß den Kassen der Weg zur Selbstabgabe von Arzneimitteln weitgehend verbaut ist. Frühere Versuche, den Kassen das Recht zur Errichtung eigener Apotheken einzuräumen, haben sich damit nicht durchgesetzt²⁰²⁾. Nach § 43 Abs. 1 AMG ist die Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln - von der hier unerheblichen Ausnahme im Fall von Tierarzneimitteln (§ 43 Abs. 4 AMG) einmal abgesehen - ausschließlich den Apotheken vorbehalten, die ihrerseits zur ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung berufen sind (§ 1 Abs. 1 ApG). Apothekenpflicht gilt dabei gem. § 43 Abs. 3 AMG auch für an sich freiverkäufliche Arzneimittel (§ 50 Abs. 1 AMG), wenn sie - wie in der Kassenpraxis die Regel - auf (zahn-)ärztliche Verschreibung bezogen werden. Zwar dürfte eine Krankenkasse als Träger eines Krankenhauses eine Krankenhausapotheke betreiben (§ 14 ApG), diese Befugnis wäre jedoch auf die Versorgung der stationär behandelten Patienten beschränkt. Der weite Bereich der ambulanten Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln ist demgegenüber allein Sache der öffentlichen Apotheken. Träger des in § 1 Abs. 1 ApG formulierten Sicherstellungsauftrags sind insoweit (primär) Private, nämlich die selbständigen Apotheker. Nur dort, wo die auf diese Weise sicherzustellende Arzneimittelversorgung nicht funktioniert und dadurch ein Versorgungsnotstand entsteht, kann (subsidiär) den betroffenen Gemeinden oder Gemeindeverbänden der Betrieb einer kommunalen Apotheke gestattet werden (§ 17 ApG).

202) Vgl. dazu Zacher, a.a.O., S. 55; von Maydell/Scholz, S. 32 jeweils m.w.N.

Was schließlich freiverkäufliche Arzneimittel betrifft, so hat die apothekenexterne Versorgung, jedenfalls der Kassenpatienten, weitgehend ihre frühere Bedeutung verloren²⁰³⁾, da der Versicherte diese Arzneimittel, schon um seinen Anspruch hierauf gegenüber seiner Kasse zu beweisen²⁰⁴⁾, in der Regel auf (kassen)ärztliche bzw. (kassen)zahnärztliche Verordnung beziehen wird, dann aber gem. § 43 Abs. 2 AMG wiederum nur über Apotheken beliefert werden darf²⁰⁵⁾. Alles in allem bleibt somit faktisch für die Kassen kein Raum mehr, die Verschaffung von Arzneimitteln selbst in die Hand zu nehmen.

3. Zur Zulässigkeit der Selbstabgabe sonstiger nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen

Höchst umstritten ist neuerdings die Frage der Zulässigkeit von Eigeneinrichtungen zur Verschaffung all jener Leistungen, wo das geltende Recht eine direkte Antwort hierauf schuldig bleibt. Dreh- und Angelpunkt der Auseinandersetzung ist hierbei namentlich der Heil- und Hilfsmittelbereich, somit also die von den Heilhilfs- bzw. Heilergänzungsberufen eigenverantwortlich-selbständig erbringbaren Dienstleistungen sowie die gewerblichen bzw. handwerklichen Sachleistungen. Eindeutig ist insoweit nur, daß an sich in diese Kategorie fallende Leistungen, sofern sie, wie z. B. Massagen, "ärztliche Sachleistungen"²⁰⁶⁾ sind, in gem. § 368 d Abs. 1 Satz 4 RVO bestandsgeschützten

203) Vgl. dazu Zacher, Festschrift für Liefmann-Keil, S. 201 (217 ff.); ders., Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 73 (Rdnr. C/19)

204) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt C III 1 a) (S. 106 ff.)

205) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt D II 2 c) (S. 140 ff.)

206) Vgl. Ziff. 2 der Sachleistungsvereinbarung vom 22.11.1944, abgedr. bei Heinemann-Liebold, a.a.O., 4. Aufl., Band III, S. IV 141 b

Kassenambulatorien erbracht werden dürfen. Ansonsten geht der Streit nicht nur um die Frage, ob überhaupt den Kassen Selbstabgabe gestattet ist, sondern auch darüber, ob dann die Selbstabgabe sich auch auf die Erfüllung von Mehrbedarfswünschen des Versicherten erstrecken darf.

a) Die ältere Auffassung

Die ältere Literatur und Rechtsprechung hielt die Selbstabgabe durch die Krankenkassen bis auf wenige Gegenstimmen²⁰⁷⁾ grundsätzlich für möglich, jedenfalls,

- soweit nicht entsprechende Vereinbarungen mit den Leistungsanbietern entgegenstanden²⁰⁸⁾,
- soweit die konkret zu gewährende Leistung Natural- und nicht nur Zuschußleistung war²⁰⁹⁾ und
- solange sich die Selbstabgabe auf die Kassenmitglieder und deren mitversicherte Familienangehörige beschränkte²¹⁰⁾.

Obwohl durch die Novelle vom 10.4.1892²¹¹⁾ zum KVG dezidierte Regelungen über die (vertragliche) Sicherstellung der Leistungen von Ärzten, Apothekern, Krankenhäusern und Heilmittellieferanten²¹²⁾ (§ 6 a Nr. 6, § 26 a Nr. 2 b, § 46 a Satz 1

207) Vgl. Marquardt, Arb.Vers. 1914, S. 493 (496); Scherer, a.a.O., S. 19

208) Vgl. Hoffmann/Kreil, Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, 2. Band: Krankenversicherung, 9. Aufl., 1939, Anm. zu § 193 (S. 72); § 205, Anm. II d (S. 88); § 363, Anm. II b (S. 195)

209) Vgl. RVA vom 15.11.1933 (RVAGE 4711), EuM 35, S. 206 (208 ff.)

210) Vgl. a.a.O. und das dort (S. 203) zitierte Gutachten des RVA vom 21.10.1922; RVA vom 21.3.1932, EuM 32, 69 (70); das RVA erachtete jedoch den Betrieb einer gemeinsamen Badeanstalt durch mehrere Kassen für zulässig

211) RGBI S. 379

212) Diese waren allerdings nur in § 46 a Satz 1 Nr. 2 KVG genannt, der die Kassenverbände zum Abschluß von Liefervereinbarungen ermächtigte

Nr. 2) eingefügt worden waren, Regelungen die im wesentlichen unverändert in die §§ 368 ff., 407 RVO übernommen wurden, lehnte es das Preußische Oberverwaltungsgericht²¹³⁾ im Jahre 1908 ab, darin eine Verpflichtung der Kassen auf die vertragliche Leistungssicherstellung zu erblicken und der Selbstabgabe eine Absage zu erteilen. Es maß den genannten Bestimmungen lediglich "deklaratorischen Charakter"²¹⁴⁾ bei, weil die Novelle von der in den §§ 6 und 20 KVG enthaltenen Regel (Wahlfreiheit der Kassen zwischen Fremd- und Selbstabgabe) eine Ausnahme nicht "besonders angeordnet" habe, "wie dies in § 7 für ihre (der Kassen) erweiterte Befugnis, an Stelle der in § 6 bestimmten Unterstützung Krankenhauspflege zu gewähren, geschehen ist"²¹⁵⁾.

Diesen Standpunkt bekräftigte das RVA²¹⁶⁾ im Jahre 1932 mit der Feststellung, den Kassen stehe es frei, ob sie die ihnen obliegenden Leistungen der Zahnbehandlung durch Abschluß von Verträgen mit Zahnärzten oder durch Errichtung einer eigenen Zahnklinik sicherstellen wollen; maßgebend hierfür sei nicht das Interesse der privaten Leistungsanbieter, sondern allein das der Versichertengemeinschaft, ein Gesichtspunkt, den übrigens auch das BSG in der MTA-Entscheidung klar herausgestellt hat²¹⁷⁾.

Schließlich lehnten sowohl der Reichstag als auch verschiedene Rechtsaufsichtsbehörden der Krankenkassen wiederholt ein Ein-

213) ProvGE 53, 376 ff.

214) a.a.O., S. 381

215) a.a.O., S. 379 f.

216) RVA vom 13.4.1932 (RVAE 4426), AN 1932, S. 381 ff.

217) Vgl. a.a.O., S. 383 und BSGE 38, 73 (75)

schreiten gegen deren Selbstabgabebetätigkeit ab²¹⁸⁾.

Was die Begründung für die Zulässigkeit der Selbstabgabe betrifft, so gingen die Meinungen über den dogmatischen Standort auseinander. Überwiegend wurde die Gestattung der Selbstabgabe aus § 182 RVO und damit letztlich aus dem Naturalleistungsprinzip und dem Schweigen dieser Vorschrift über Art und Weise der Erbringung gefolgert²¹⁹⁾, teils wurde zur Begründung § 375 RVO herangezogen²²⁰⁾, teils wurde auf den "kaum einschlägigen" ²²¹⁾ § 23 RVO (Haftung der Mitglieder der Kassenorgane für getreue Geschäftsverwaltung) verwiesen und teilweise wurde überhaupt keine Begründung gegeben²²²⁾.

218) Vgl. die Nachweise bei v. Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, S. 40 und bei Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 (110 f.); 197 (199, 233); Entschl. des Bayer. Landesversicherungsamts vom 27.9.1950, Mittbl. LdOib 1950, S. 106. Noch die niedersächsische Landesregierung, die im übrigen zur Brillen-Selbstabgabestelle der AOK Leer aus wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Gründen sehr kritisch Stellung nahm, sah im Oktober 1979 in Beantwortung einer Landtagsanfrage keine Handhabe für ein rechtsaufsichtliches Einschreiten (zit. nach Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 197, 201 f.), vgl. auch unten Fn. 371 (S. 255)

219) Vgl. die Nachweise bei v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 23, Fn. 29 und so offenbar auch das ProVG, a.a.O.

220) Vgl. die Nachweise bei v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 36, Fn. 77

221) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 35

222) Vgl. jeweils die Nachweise bei v. Maydell/Scholz, a.a.O., Fn. 70, 73

b) Der heutige Meinungsstand

aa) Die (bisher) herrschende Meinung

Auch in neuerer Zeit wird ein Recht der Krankenkassen zur Selbstabgabe in der Literatur überwiegend bejaht. Die meisten der heutigen Vertreter des Selbstabgabegedankens²²³⁾ stehen dabei in der Tradition der früher herrschenden Auffassung, wenn sie ein solches Recht der Kassen im wesentlichen aus dem "Sachleistungsprinzip" und der hieraus folgenden "Einstandspflicht"²²⁴⁾ herleiten und daraus unter Berufung auf die Fortentwicklung dieses Prinzips durch die Rechtsprechung des BSG und unter Hinweis auf den in I § 33 SGB verkörperten Individualitätsgrundsatz²²⁵⁾ sogar auf die Zulässigkeit der Selbstabgabe in allen Mehrbedarfsfällen, einschließlich der Fälle subjektiv gewünschten Mehrbedarfs (Stichwort: "Feinbrille"), schließen²²⁶⁾. Zur Begründung des Rechts auf Selbstabgabe wird aber auch IV § 30 Abs. 1 SGB herangezogen²²⁷⁾. Und schließlich wird das Recht auf Selbstabgabe auch aus der Pflicht der Sozialleistungsträger und damit der Krankenkassen gefolgert, auf die Leistungs-

223) so Bogs in einem einschlägigen (unveröffentlichten) Gutachten; zit. nach Zacher, a.a.O., S. 11; Rohwer-Kahlmann, a.a.O.; ders. ZSR 1980, S. 197 ff.; ders. SGB 1980, S. 89 ff.; ders. in Festschrift für Wannagat, S. 351 ff.; Schimmelpfeng-Schütte, SGB 1980, S. 379 ff.; im Kern wohl auch Peters, a.a.O., Teil I, IV § 30 SGB, Anm. 3, S. 319 ff.; Krauskopf, DOK 1972, S. 569 ff.

224) Vgl. Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 197 (206, 218)

225) Vgl. Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 (103); 197 (223); Festschrift für Wannagat, S. 359 ff.; Schimmelpfeng-Schütte, a.a.O., S. 381

226) Vgl. Rohwer-Kahlmann, a.a.O., S. 223); Schimmelpfeng-Schütte, a.a.O., S. 382

227) So Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil I, IV § 30 SGB, Anm. 3 (S. 320); ders. ZSR 1980, S. 474 (486)

bereitstellung in der in I § 17 Abs. 1 SGB angeordneten Weise "hinzuwirken"²²⁸⁾. Mit dieser Formulierung habe der Gesetzgeber den Sozialleistungsträgern einen autonomen Gestaltungsspielraum eingeräumt, wie die zu gewährenden Leistungen sichergestellt werden. Die Vorschrift beinhalte insbesondere keinen "Subsidiaritätsgrundsatz" des Inhalts, daß die Kassen Selbstabgabestellen nur und erst dann errichten dürfen, "wenn geeignete Fremdeinrichtungen nicht (mehr) in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen"²²⁹⁾.

Das BSG hatte sich bisher mit der materiellen Rechtsfrage noch nicht zu befassen; eine entsprechende Verpflichtungsklage auf rechtsaufsichtliches Einschreiten gegen eine Selbstabgabeeinrichtung wurde mangels Klagebefugnis als unzulässig abgewiesen²³⁰⁾.

Demgegenüber haben die Oberlandesgerichte Oldenburg und Düsseldorf²³¹⁾ - wie schon die Vorinstanzen anläßlich zweier, von Augenoptikerinnen und einzelnen Augenoptikern angestregten zivilrechtlichen Unterlassungsklagen im Anschluß an die entsprechende, im Schrifttum vertretene Meinung - das Recht der Krankenkassen auf Selbstabgabe im Prinzip bejaht. Im Gegensatz zum OLG Düsseldorf sieht aber das OLG Oldenburg die Zulässigkeitsschranke dort für überschritten an, wo die Krankenkasse auch Leistungsgegenstände vorhält, die - wie im konkreten Fall "Feinbrillen" - über das Maß des Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG) hinausgehen und das "Mehr" nur subjektiv-individuelle Bedürfnisse des Anspruchstellers befriedigen soll.

228) Bley, SGB-SozVers-Ges Komm., I § 17 SGB, Anm. 3 b; 5 a (S. 210 ff.); Rohwer-Kahlmann/Stroer, I § 17 SGB, Anm. 6; Krauskopf, a.a.O., S. 570 f.

229) Bley, a.a.O., Anm. 5 a (S. 212)

230) Vgl. BSGE 26, 237

231) Vgl. oben Fn. 185 und 186 (S. 208)

bb) Die Gegenposition

Die Gegenmeinung zu diesen Auffassungen repräsentieren namentlich von Maydell und Scholz einerseits²³²⁾ sowie Zacher andererseits²³³⁾. Auf einen kurzen Nenner gebracht verneinen sie im Grundsatz eine Befugnis der Krankenkassen zur Selbstabgabe überall dort, wo das Gesetz nicht ausdrücklich dazu ermächtigt; dies folge aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des IV § 30 SGB²³⁴⁾. Ohne ausdrückliche Ermächtigung gestatte I § 17 SGB den Kassen die Schaffung von Eigeneinrichtungen "nur in Ausnahmefällen", "nämlich dann, wenn eine dem Bedarf entsprechende Zahl geeigneter Dienste und Einrichtungen nicht zur Verfügung steht"²³⁵⁾ und daher "die Selbstabgabe zwingend erforderlich ist, um die gesetzliche Aufgabe zu erfüllen"²³⁶⁾. Ansonsten gebühre einem "Vertragssystem"²³⁷⁾ oder "Vertragsregime"²³⁸⁾ der Vorrang.

Von Maydell/Scholz folgern dies daraus, daß der Gesetzgeber "keinerlei Aussagen über Selbstabgabestellen getroffen habe, sondern von einem (i.d.R. exklusiven) "Vertragssystem ausgegangen" sei²³⁹⁾. Insbesondere habe die Selbstabgabe keine gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden, zumal sie in der

232) Vgl. die in Fn. 153 (S. 197) zitierte Monographie

233) Vgl. die in Fn. 3 (S. 143) zitierte Monographie; vgl. auch Zacher/Friedrich-Marczyk, SGB. 1980, S. 505 ff.

234) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 15 ff.; 89 ff.; Zacher, a.a.O., S. 22 ff.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 505, 509

235) Zacher, a.a.O., S. 21

236) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 19

237) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 49, 51

238) Zacher, a.a.O., S. 78, 79; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506

239) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 34, 48 f.

Vergangenheit vorwiegend nur in Not- und Ausnahmesituationen praktiziert worden sei²⁴⁰⁾. Im übrigen aber verstoße eine Kasse, wenn sie durch Selbstabgabe in Konkurrenz zu den ihr vertraglich verpflichteten Leistungserbringern trete, gegen ihre nebenvertraglich mit den Leistungsanbietern vereinbarte Pflicht zu "Treue und Loyalität"²⁴¹⁾. Allenfalls dann sei Selbstabgabe daneben zulässig, wenn sie "als Ergänzung" oder "Korrektur" des Vertragssystems (d. h. vor allem unter Kostenaspekten) notwendig ist; dies sei indes nicht der Fall²⁴²⁾.

Zacher, der das "Naturalerleistungsprinzip" zur Beantwortung der Selbstabgabefrage für "unbehelflich" hält²⁴³⁾ argumentiert im Prinzip ähnlich, wenn er nach Analyse der einschlägigen Leistungsschuld- und Erfüllungsvorschriften im Recht der GKV ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis" des Inhalts normiert sieht, daß die "Erbringung durch andere" die vom Gesetz vorgesehene Regel, Eigeneinrichtungen der Kassen hingegen die auf die wenigen im Gesetz explizit genannten Fälle (§§ 185 a, 376 b RVO, § 346 Abs. 2 Nr. 2, § 368 d Abs. 1 Satz 4 RVO) beschränkte Ausnahme sei²⁴⁴⁾. Aber "selbst wo Eigenleistungen möglich sind, kommen sie nur subsidiär zum Zuge"²⁴⁵⁾.

Unabhängig von dieser Ausgangsposition halten die genannten Autoren - insoweit gefolgt auch vom OLG Oldenburg - in jedem Fall aber die Erstreckung der Selbstabgabe auf solche Fälle für rechtswidrig, wo es nicht mehr nur um die Erfüllung des Naturalerleistungsanspruchs, sondern um die Befriedigung eines

240) a.a.O., S. 65

241) a.a.O., S. 51 ff.; Zacher, a.a.O., S. 103 ff.

242) Zacher, a.a.O., S. 27 ff.

243) Zacher, a.a.O., S. 91, 110

244) Zacher, a.a.O., S. 78; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O.

245) Zacher, a.a.O., S. 84; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O.

subjektiv-individuellen Bedürfnisses geht, wo also der Versicherte beispielsweise statt einer sog. "Kassenbrille" eine Feinbrille gegen Aufzahlung zu erhalten wünscht. Selbstabgabe, die soweit gehe, verstoße auf jeden Fall gegen IV § 30 Abs. 1 SGB, weil die Gewährung von Mehrbedarfsgütern nicht zu den vom Recht der GKV in § 182 Abs. 1 RVO (§ 13 Abs. 1 KVLG) vorgesehenen Leistungen gehörten²⁴⁶⁾, damit jedenfalls das "Maß des Notwendigen" (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG)²⁴⁷⁾ überschritten werde und somit "regelmäßig außerhalb der Leistungspflicht der Krankenkassen"²⁴⁸⁾ liege. Der Mehrbedarf "geht (daher) die Krankenkasse nichts an"²⁴⁹⁾. Dennoch unternommene Selbstabgabekaktivitäten verstießen damit auch gegen §§ 363 f. RVO, weil durch die personelle und materielle Ausstattung der Abgabestellen und insbesondere durch die Vorfinanzierung der Mehrleistung (durch die Kasse) zweckgebundene Beitragsmittel für eine gesetzlich nicht vorgesehene Aufgabe verwendet würden und schließlich gegen § 385 Abs. 4 RVO, weil mit der verlangten Aufzahlung Beiträge für gesetzlich nicht legitimierte Zwecke erhoben würden²⁵⁰⁾.

Im Hintergrund all dieser Überlegungen steht die Befürchtung, die v. Maydell/Scholz²⁵¹⁾ und Zacher²⁵²⁾ schon in ihren einleitenden Ausführungen erkennen lassen, nämlich, die Selbstabgabe führe letzten Endes zur Aufsaugung, d. h., zur "Verstaatlichung" bzw. "kalten Sozialisierung" der betroffenen selbst-

246) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 56

247) a.a.O., S. 57 f.; Zacher, a.a.O., S. 89; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 509; OLG Oldenburg, a.a.O., S. 19 ff.

248) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 56

249) Zacher, a.a.O., S. 90; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 509

250) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 59 ff.; Zacher, a.a.O., S. 89 f., 102

251) a.a.O., S. 11 f.

252) a.a.O., S. 1 ff.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506

ständigen Berufe und Wirtschaftszweige. Das aber sei nicht nur ein Anschlag auf die "grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung"²⁵³⁾, sondern verstoße auch gegen eine Reihe von Grundrechten, namentlich gegen das Grundrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 GG)²⁵⁴⁾ und die Eigentumsгарantie (Art. 14 GG)²⁵⁵⁾. Und schließlich entstünde für die Nichtversicherten die Frage, wo sie die Leistungen, die sie brauchen, noch bekommen könnten, wenn die Krankenkassen die freiwirtschaftliche Versorgung erst einmal ausgetrocknet haben²⁵⁶⁾. Abgesehen von alledem wären die Krankenkassen auch administrativ überfordert, überließe man es ihnen, den Versicherten unmittelbar die geschuldeten Leistungen zu verschaffen²⁵⁷⁾.

Der 1. Zivilsenat des BGH hat sich in zwei Urteilen vom 18.12.1981²⁵⁸⁾ im Rahmen der krankenversicherungsrechtlichen Vorfrage die Argumentation der Gegenmeinung, namentlich Zachers "Regel-Ausnahme-Verhältnis" zu eigen gemacht, ohne allerdings diese Erkenntnisquellen in den Entscheidungsgründen anzugeben. Von diesem Ansatz aus folgerichtig, wenngleich methodisch-argumentativ nicht leicht nachvollziehbar^{258a)}, hat der BGH der Revision der klagenden Augenoptiker und Augenoptikerverbände gegen die zitierten Urteile des OLG Düsseldorf und des OLG Oldenburg²⁵⁹⁾ in vollem Umfang stattgegeben und die beklagten Ortskrankenkassen (Düsseldorf und Leer) verurteilt,

253) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 112 ff.; Zacher, a.a.O., S. 97

254) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 122 ff.; Zacher, a.a.O., S. 91 ff.

255) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 127 ff.

256) Zacher, a.a.O., S. 101; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506

257) Zacher, a.a.O., S. 98 ff.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 507

258) Vgl. oben Fn. 186 a (S. 208)

258 a) Vgl. Ulmer, ZHR 1982, 466 (499 f.), vgl. dazu weiter die materiell-rechtlichen Urteilsbesprechungen von Kirchhof, DVBl 1982, S. 933 ff. (zustimm.), von Krauskopf, DOK 1982, S. 569 f. und Rohwer-Kahlmann, SGB 1982, S. 373 ff. (ablehn.)

259) Vgl. Fn. 185 und 186 (S. 208)

nach Ablauf der eingeräumten Aufbrauchsfrist (30.6.1982 bzw. 30.6.1983) die Selbstabgabe von Sehhilfen zu unterlassen.

4. Eigene Stellungnahme

a) Zum Gesetzesvorbehalt des IV § 30 Abs. 1 SGB

Dem von den Vertretern der Gegenmeinung zur Selbstabgabefrage eingenommenen Standpunkt kann zunächst insoweit gefolgt werden, als die Antwort hierauf unmittelbar oder allein weder der Vorbehaltsvorschrift des IV § 30 Abs. 1 SGB und den hiermit korrespondierenden Regelungen in § 323 und § 364 Abs. 1 Nr. 1 RVO (§ 53 Abs. 2, § 71 Abs. 1 Nr. 1 KVLG) noch dem Naturalleistungsprinzip und damit § 182 RVO (§ 13 KVLG) zu entnehmen ist. Ersteres deshalb nicht, weil IV § 30 SGB die Sozialversicherungsträger nur auf ihren (jeweiligen) Wirkungskreis beschränkt, ohne zu dessen materiellen Gehalt etwas auszusagen; dieser muß vielmehr mit v. Maydell/Scholz²⁶⁰⁾ und Zacher²⁶¹⁾ den aufgabenzuweisenden Normen des Krankenversicherungsrechts entnommen werden. Und ebensowenig gibt hierauf schon das Naturalleistungsprinzip eine Antwort, da es das Anspruchs(grund)verhältnis zwischen Versichertem und Krankenkasse betrifft, dort "Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung"²⁶²⁾ bedeutet, hier es aber um die Anspruchserfüllung geht. M. a. W. besagt es "nichts über Art und Weise der Erbringung"²⁶³⁾, läßt vielmehr offen, ob dies auf "direkte" oder "indirekte" Weise geschieht.

Nicht mehr gefolgt werden indes kann den genannten Autoren hinsichtlich ihrer These vom Primat eines "Vertragssystems" oder "Vertragsregimes" und dementsprechend von der Subsidiarität der Eigenleistungsbefugnis der Krankenkassen. v. Maydell/Scholz folgern dies aus ihrem speziellen Verständnis des IV

260) a.a.O., S. 18 f.

261) a.a.O., S. 22 ff.

262) Zacher, a.a.O., S. 28

263) v. Maydell/Scholz, a.a.O., unter Hinweis auf BSGE 36, 146 (148)

§ 30 Abs. 1 SGB, indem sie eine Eigenleistungsbefugnis der Kassen grundsätzlich von einer ausdrücklichen Ermächtigung im Gesetz abhängig machen; allenfalls dann konzедieren sie die Zulässigkeit der Selbstabgabe als "Geschäft" i. S. des IV § 30 Abs. 1 SGB, wenn der Gesetzgeber "keine anderen Wege für die Erfüllung genannt hat" oder wenn die Selbstabgabe "zwingend erforderlich" ist, um die gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen und "keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen"²⁶⁴). Die Lesart, daß "Geschäfte" schon dann zulässig sind, wenn sie mit dem Gesetzeszweck übereinstimmen, lehnen beide Autoren ab²⁶⁵).

Abgesehen davon, daß der Ansatz für diese (restriktive) Auslegung im Wortlauf der Vorschrift, in den gesetzgeberischen Motiven hierzu und in der Kommentarliteratur keine Stütze findet, wird diese Ansicht weder prinzipiellen Vorgaben des Krankenversicherungsrechts noch dem in IV § 29 Abs. 1 SGB fixierten Selbstverwaltungsgedanken gerecht.

Die in Rede stehende Vorschrift ist unstreitig trotz gewisser redaktioneller Änderungen - die in § 25 Abs. 1 RVO (a.F.) genannten "Mittel" gingen in dem neuen Sammelbegriff "Geschäfte" auf - materiell identisch mit dem hiervon abgelösten § 25 RVO (a.F.)²⁶⁶). Bereits zur Zeit der Geltung dieser Vorschrift wurde

264) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 12, 21 f.

265) a.a.O., S. 16, 19

266) Vgl. Amtl. Begr. zu IV § 31 SGB, BT-Drs. 7/4122, S. 35; Gurgel, SGB-SozVers-Ges Komm., IV § 30 SGB, Anm. 1 (S. 305); Hauck/Haines, SGB IV/1, K § 30, Rdnr. 2; Krause, GK-SGB IV § 30, Rdnr. 1; Peters, a.a.O., IV § 30 SGB, Anm. 1; ders., ZSR 1980, S. 474 (486); Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 198 (229); Zacher, a.a.O., S. 24; NJW 1982, S. 2117 (2118 f.); v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 18 erkennen dies im Prinzip ebenfalls an, messen aber den "unterschiedliche(n) Formulierungen" des § 25 RVO (a.F.) und des IV § 30 SGB offenbar doch eine gewisse Bedeutung bei (a.a.O., Fn. 11)

unter "Geschäft" i. S. des § 25 Abs. 3 RVO (a.F.) all das verstanden, was das Gesetz den Kassen "aufträgt", "überläßt", "zuordnet"²⁶⁷⁾. Dementsprechend werden in der Kommentarliteratur unter "Geschäft" Aktivitäten aller Art (ohne Rücksicht auf ihre Außenwirkung) im Rahmen des Aufgabenbereichs der Krankenversicherungsträger verstanden²⁶⁸⁾. IV § 30 SGB erhält daher den Grundsatz zweckgebundener Mittelverwendung aufrecht, wobei die Zweckbindung auf die Aufgabenerfüllung der Versicherungsträger ausgerichtet ist²⁶⁹⁾. Diese Deutung entspricht dem nach wie vor herrschenden Verständnis, wonach der "öffentliche Zweck" Grenze jeder Staatstätigkeit ist²⁷⁰⁾. Auch bei der Kodifikation des Sozialgesetzbuches hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die administrative Leistungsabwicklung bis ins Detail legislativer Regelungsmacht zu unterwerfen²⁷¹⁾. Dementsprechend hat er in den Motiven zu I § 31 SGB²⁷²⁾, der Vorschrift, die den allgemeinen Gesetzesvorbehalt für alle vom SGB erfaßten Sozialleistungsbereiche normiert und die funktional ebenfalls mit § 25 Abs. 1 RVO (a.F.) in Zusammenhang steht²⁷³⁾, zu verstehen gegeben, daß es ausreicht, wenn das Gesetz oder die auf ihm beruhenden Rechtsvorschriften eine Begründung, Feststellung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten "implizieren". Daß dies hinsichtlich der Selbstabgabe der Fall ist,

267) Vgl. Peters, ZSR 1980, S. 474 (486) m.w.N.

268) Vgl. Hauck/Haines, a.a.O., Rdnr. 5; ebenso Jahn, SGB, IV § 30, Anm. 3; Krause, a.a.O., Rdnr. 8 (a.F.)

269) Vgl. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil I, IV § 30 SGB, Anm. 2 (S. 318)

270) Vgl. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 200 ff.

271) Vgl. Jahn, a.a.O., I § 31 SGB, Anm. 1

272) Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 27

273) Bley, SGB-SozVers-Ges Komm., I § 31 SGB, Anm. 1

wird später noch ausführlich darzulegen sein. Im übrigen geht das Recht der GKV selbst nicht von der Geltung eines absolut-positiven Gesetzesvorbehalts aus.

Das bestätigt sowohl § 323 RVO, wo es heißt, die Satzung dürfe nichts bestimmen, "was gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft (!) oder nicht im Zwecke (!) der Kasse liegt", als auch die relativ neue Parallelvorschrift des § 53 Abs. 3 Satz 1 KVLG, die - noch schlichter - anordnet, die Satzung dürfe nichts bestimmen, "was dem Zweck der landwirtschaftlichen Krankenversicherung widerspricht". Beide Vorschriften bringen den Autonomiebereich der Krankenkassen, für den die Begrenzung des Art. 80 Abs. 1 GG nicht gilt²⁷⁴⁾, positiv zum Ausdruck.

v. Maydell/Scholz²⁷⁵⁾ ist zwar zuzugestehen, daß der Vorbehalt des IV § 30 Abs. 1 SGB nicht ernst genug genommen werden kann, und zwar einmal im Hinblick auf die Durchdringung aller Lebensbereiche vom rechtsstaatlichen Institut des Gesetzesvorbehalts, insbesondere aber im Hinblick auf die behauptete und noch zu erörternde Grundrechtsrelevanz der Selbstabgabe. Zu denken ist in diesem Zusammenhang vor allem an die durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung²⁷⁶⁾ vollzogene Abkehr vom Kernstück der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis alter Art, nämlich die Einschränkung der Grundrechte ohne gesetzliche Grundlage. Gleichwohl ist ein so restriktives Verständnis des Gesetzesvorbehalts wie es insbesondere v. Maydell/Scholz haben, im Bereich der Selbstverwaltung von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht anerkannt. Im Facharztbeschuß²⁷⁷⁾ hatte

274) Vgl. BVerfGE 12, 319 (325); 21, 54 (62); 32, 346 (360 f.); 33, 125 (157)

275) Vgl. v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 46, 66, 89 ff.

276) Vgl. etwa BVerfGE 33, 1 (Strafvollzug); 41, 251 (Schulverweis)

277) BVerfGE 33, 125 ff.

sich das BVerfG gerade mit dem Spannungsverhältnis zwischen rechtsstaatlichem Gesetzesvorbehalt und demokratischem Selbstverwaltungsgedanken zu befassen. Es hat zwar klargestellt, daß der parlamentarisch-demokratische Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluß auf den Inhalt autonomer Rechtsetzung nicht gänzlich preisgeben darf, vielmehr umso mehr selbst regelnd eingreifen muß, je größer das Gewicht autonomer Rechtsetzung für den einzelnen ist. Gleichwohl unterstrich das BVerfG den Autonomiegedanken, indem es ausführte²⁷⁸⁾:

"... die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie, die ebenfalls im demokratischen Prinzip wurzeln und die dem Freiheitlichen Charakter unserer sozialen Ordnung entsprechen, (würden) nicht ernst genug genommen, wenn der Selbstgesetzgebung autonomer Körperschaften so starke Fesseln angelegt würden, daß ihr Grundgedanke, die in den gesellschaftlichen Gruppen lebendigen Kräfte in eigener Verantwortung zur Ordnung der sie besonders berührenden Angelegenheiten heranzuziehen und ihren Sachverstand für die Findung 'richtigen' Rechts zu nutzen, nicht genügenden Spielraum fände."

Wenngleich den Krankenkassen - ebenso wie den Heilberufskammern - weder eine Allkompetenz - wie den Gemeinden - zusteht²⁷⁹⁾, noch ihr Bestand verfassungsrechtlich garantiert ist²⁸⁰⁾, wie dies hinsichtlich der gemeindlichen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG der Fall ist, so folgt doch aus alledem, daß die von v. Maydell/Scholz vertretene restriktive Interpretation des IV § 30 Abs. 1 SGB letztlich nicht haltbar ist. Der Status der Krankenkassen als Selbstverwaltungskörperschaften (IV § 29 Abs. 1 SGB) würde damit völlig entwertet, da ihnen damit von dem Autonomiebereich, wie er für den materiellen Selbstverwaltungs-

278) a.a.O., S. 159

279) Vgl. v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 15

280) Vgl. BVerfGE 39, 302

begriff als "eines aus der normativen Verordnung herausgelösten Bereichs eigener Entscheidungskompetenzen" vorausgesetzt wird²⁸¹⁾, praktisch kaum noch etwas bliebe, die Sozialversicherungsträger mithin vollends zu bloßen "Verwaltungs-Substituten des Staates"²⁸²⁾ verklümmert wären. Bejaht man hingegen (noch) eine materielle Selbstverwaltungskompetenz der Sozialversicherungsträger, dann kann mit der insoweit h. M.²⁸³⁾ und entgegen v. Maydell/Scholz²⁸⁴⁾ davon ausgegangen werden, daß ihnen als "Geschäfte" i. S. des IV § 30 SGB alle Maßnahmen gestattet sind, soweit sie durch die von ihnen wahrzunehmenen Aufgaben gedeckt sind, m. a. W. "Zweck und Zielsetzung"²⁸⁵⁾ der zu erfüllenden Aufgabe entsprechen. Dies ist aus der Gesamtheit des Normenbestandes des zweiten Buchs der Reichsversicherungsordnung zu schließen. Daß eine so erschlossene, hinreichend erkennbare und bestimmte Regelung sogar den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 GG genügen kann²⁸⁶⁾, sei in diesem Zusammenhang nur am Rande erwähnt. Dabei kommt hinsichtlich der hier zu entscheidenden Frage hinzu, daß, wie später noch dargelegt wird, Selbstabgabeaktivitäten der Kassen keineswegs automatisch einen Eingriff in die geschützte Rechtssphäre der Leistungsanbieter bedeuten müssen. Nach alledem wird hier vom schlichten Wortlaut des IV § 30

281) Vgl. Krause, GK-SGB IV, § 29, Rdnr. 29 m.w.N.

282) Wertenbruch, Festschrift für Wannagat, S. 687 (706) konstatiert einen allerdings tatsächlichen Verfall der Autonomie der Sozialversicherungsträger durch massive und immer häufiger werdende Eingriffe des Staates

283) Vgl. Gurgel, SGB-SozVers-Geskomm., IV § 30 SGB, Anm. 3 (S. 306 f.); Hauck/Haines, SGB IV/1 K § 30, Rdnr. 5; Jahn, a.a.O., IV § 30 SGB, Anm. 3, Krause, a.a.O., IV § 30, Rdnr. 8 (a.E.); Peters, a.a.O., Anm. 2, 3 (S. 318 f.)

284) a.a.O., S. 19

285) Krause, a.a.O.

286) BVerfGE 37, 67 (77); NJW 1980, S. 1900 (1901)

Abs. 1 SGB ausgegangen. Einer unmittelbaren Leistungsveranschaffung durch die Kassen steht damit im Grundsatz kein Hindernis entgegen, wenn und solange dies ein Geschäft "zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben" ist.

b) Die Selbstabgabe als mögliche Form zur Verwirklichung des Sicherstellungsauftrags der Krankenkassen

Die Krankenkassen haben die ihren Versicherten kraft Gesetzes oder kraft Satzung geschuldeten Dienst- oder Sachleistungen in natura zu verschaffen. Dies setzt notwendig voraus, daß die Kassen entsprechende Vorkehrungen treffen müssen, damit sie diese ihre Pflicht gegenüber den Anspruchsberechtigten erfüllen können. Mit anderen Worten: Die Kassen haben die zu erbringenden Naturalleistungen sicherzustellen, was nichts anderes heißt als daß sie die Naturalleistungsversorgung "den Versicherten gegenüber in jedem Fall zu gewährleisten haben"²⁸⁷). Nichts anderes ordnet letztlich die Vorschrift in I § 17 Abs. 1 SGB an, wenn sie den Kassen eine öffentlich-rechtliche, der Gesamtheit der Versicherten gegenüber zu erfüllende Pflicht zur Leistungsbereitstellung auferlegt²⁸⁸). Dies bestätigt erst recht ein Blick ins Kassenarztrecht. Wenn es dort in § 368 n Abs. 1 RVO heißt, "die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassen-

287) Leibfried/Tennstedt, ZSR 1980, S. 695 (700)

288) Die recht vereinfachende Interpretation durch v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 20, wonach sich aus I § 17 SGB lediglich der Grundsatz ergebe, daß mit dem Anspruch des Sozialleistungsberechtigten auch eine entsprechende Pflicht des Leistungsträgers zur Leistung korrespondiert, kann nicht geteilt werden, weil eine solche Selbstverständlichkeit kaum der Kodifikation bedürftig gewesen wäre.

ärztlichen Bundesvereinigungen haben die den Krankenkassen obliegende ärztliche Versorgung in dem in § 368 Abs. 2 RVO bezeichneten Umfang sicherzustellen und den Krankenkassen und ihren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, daß die kassenärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht", das heutige Kassenarztrecht historisch aber erst lange nach der Entstehung der GKV und lange nach der Schaffung der Reichsversicherungsordnung entstanden ist, dann kann dies nur bedeuten, daß diese Sicherstellungspflicht ursprünglich den Krankenkassen selbst obliegen hat. Und da ein Parallelinstitut zum Kassenarztrecht im Bereich der nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen der GKV fehlt, folgt daraus weiter, daß insoweit der Sicherstellungsauftrag bei den Kassen verblieben ist. Zu Recht spricht daher Rohwer-Kahlmann²⁸⁹⁾ von der "Einstandspflicht" der Krankenkassen und zutreffend weist er darauf hin, daß "das Sachleistungsprinzip der GKV von der Sachleistungsverpflichtung der Kassen und deren Einstandspflicht nicht getrennt werden" könne.

Dieser Einstandspflicht im Rahmen des Naturalleistungsprinzips läßt sich denkgesetzlich (zunächst) auf zweierlei Weise nachkommen. Einmal könnten die Krankenkassen die entsprechenden Einrichtungen selbst schaffen und das erforderliche Fachpersonal anstellen und zum anderen könnten sie (kumulativ oder alternativ) Drittleistungsanbieter vertraglich verpflichten, an ihrer Stelle die geschuldete Dienst- oder Sachleistung dem Versicherten zu verschaffen. Die deutschen Krankenversicherungsträger sind von Anfang an dem zweiten Modell gefolgt, da ihnen dies als der administrativ zweckmäßigste Weg erschienen ist²⁹⁰⁾. Traditionell-faktisch kann daher mit Zacher²⁹¹⁾ von einer

289) ZSR 1980, S. 197, 206, 213

290) Vgl. Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, S. I/546

291) a.a.O., S. 2

"Arbeitsteilung" zwischen Krankenkassen und Dritteleistungserbringern gesprochen werden. Normative Kraft in dem Sinn, daß bereits daraus der Schluß auf einen Primat der Fremdleistung gezogen werden könnte, hat dieses Faktum indes nicht.

Nun ist allerdings zu berücksichtigen, daß, wie bereits gezeigt²⁹²⁾, die Sicherstellung einer Reihe von primären gesundheitlichen Leistungen im allgemein-öffentlichen Gesundheitsinteresse kraft krankensicherungsexterner Regelung anderen Institutionen und Personen aufgetragen ist. Das gilt zum einen hinsichtlich der Versorgung mit (apothekenpflichtigen) Arzneimitteln, die auf die Apotheken monopolisiert und von diesen sicherzustellen ist. Ferner gilt dies hinsichtlich der Hebammenhilfe und der Versorgung mit Krankenhäusern und Rettungsdiensten, deren Sicherstellung jeweils den Ländern bzw. kommunalen Gebietskörperschaften aufgetragen ist. Wenn, wie in den beiden ersten Fällen, sicherzustellende Leistungen auf bestimmte Institutionen (Apotheken) und Personen (Hebammen) monopolisiert sind, dann stehen diese für die Leistungsveranschaffung kraft Gesetzes zur Verfügung. Für eine Eigenleistung durch die Krankenkassen besteht dann aber im Hinblick auf die abschließenden apotheken- und hebammenrechtlichen Vorgaben kein Raum mehr. Daraus erklärt sich, daß niedergelassene Hebammen kraft Gesetzes zur Leistungsveranschaffung an Versicherte der GKV zugelassen sind, indem ihnen ein gesetzlicher Gebührenanspruch gegen die jeweilige Kasse zusteht (§ 376 a RVO, § 76 Abs. 3 KVLG). Und aus der gesundheitspolitisch sinn-

292) Vgl. zum Folgenden nochmals oben Abschnitt E III 2 b, c, e, (S. 209 ff., 211, 213 f.)

vollen, seit über einem Jahrhundert²⁹³⁾ bestehenden Konzentration der Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln auf die von selbständigen Apothekern betriebenen Apotheken erklärt sich schließlich auch, warum anlässlich der Kodifizierung des Krankenversicherungsrechts in der Reichsversicherungsordnung Bestrebungen, den Kassen eine generelle Befugnis zur Errichtung eigener Arzneimittel-Abgabestellen einzuräumen, letztlich scheiterten²⁹⁴⁾.

Wo demgegenüber, wie im Fall der Bereitstellung von Krankenhäusern und Rettungsdiensten, ein anderweitiger öffentlich-rechtlicher Sicherstellungsauftrag besteht, ohne daß die Erfüllung dieser Aufgaben gleichzeitig den jeweiligen Trägern allein vorbehalten ist²⁹⁵⁾, ergibt sich die Antwort auf die Frage nach der Etablierung entsprechender kasseneigener Einrichtungen jedenfalls aus dem Haushaltsrecht der Träger der GKV. Stehen solche Einrichtungen anderer Träger ausreichend zur Verfügung (wovon auszugehen ist), müßten Parallelinstitutionen von Krankenkassen zu einem entsprechenden Überangebot führen; Aufwendungen für nutzlose, unrentierliche Zwecke widersprächen aber dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (IV § 69 Abs. 2 SGB). In bezug auf Krankenhäuser kämen überdies noch verschiedene krankenhausesfinanzierungsrechtliche Gesichtspunkte hinzu, die der Errichtung kasseneigener Krankenhäuser entgegenstehen. Insbesondere würde damit der Grundgedanke der Lastenteilung zwischen Krankenhausträger, Staat und Krankenkassen unterlaufen²⁹⁶⁾, ein Prinzip, das im Recht der GKV immerhin dadurch untermauert ist, daß die Krankenkassen

293) Vgl. dazu Kuhns, a.a.O., S. I/112

294) Vgl. dazu Zacher, a.a.O., S. 55

295) z. B. läßt § 30 GewO die Errichtung von Privatkrankenanstalten zu

296) Vgl. oben Abschnitt E III 2 b (S. 209 ff.)

bereits kraft Gesetzes dazu verpflichtet sind, die Krankenhauspflege u. a. durch Bedarfsplan-Krankenhäuser zu gewähren (§ 371 Abs. 1 RVO, § 76 Abs. 1 KVLG).

Was die sonstigen, vor allem in die fachliche Kompetenz der Heilhilfsberufe und der Berufe des Gesundheitshandwerks fallenden (sekundären) Gesundheitsleistungen, insbesondere im Heil- und Hilfsmittelbereich, betrifft, so fehlt es an einem (allgemeinen) Sicherstellungsauftrag Dritter. Dieser ist daher ungeschmälert bei den Krankenkassen verblieben, weshalb insoweit prinzipiell eine Eigenleistungsbefugnis denkbar ist. Unstreitig ist sie den Kassen im Rahmen ambulanter pflegerischer Leistungen eingeräumt: § 185 a und § 376 b Satz 1 RVO (§ 17 Abs. 1 KVLG) gestatten den Kassen ausdrücklich die Anstellung entsprechend qualifizierter Pflege- und Betreuungspersonen. Im übrigen aber schweigt das geschriebene Recht zur Frage der Selbstabgabe.

Namentlich Zacher und Friedrich-Marczyk²⁹⁷⁾ schließen aus dem Schweigen des Gesetzes auf ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis" des Inhalts, die den Kassen durch die erwähnten Vorschriften eingeräumte und ferner auch § 346 Abs. 2 Nr. 2 RVO (Krankenhäuser und Genesungsheime) und § 363 d Abs. 1 Satz 4 RVO (Ambulatorien) zu entnehmende Eigenleistungsbefugnis bilde die Ausnahme, während ansonsten die Leistungserbringung durch Dritte die Regel und damit insoweit ein "Vertragsregime" zwingend sei. Dies würde voraussetzen, daß die als "Ausnahmen" angesehenen Vorschriften gerade in der Absicht normiert wurden, eine gesetzliche Legitimation der Selbstabgabe zu schaffen, etwa - wie Zacher mit Blick auf § 185 a und § 376 b Satz 1 RVO meint²⁹⁸⁾ - als "Reaktion" des Rechts der GKV auf das "Fehlen

297) Zacher, a.a.O., S. 43 ff., 78, 81 f.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506; vgl. auch v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 47 ff.

298) a.a.O., S. 67 f.

selbständiger, insbesondere organisierter Berufsstände". Weil nicht genügend selbständig tätige Pflege- und Betreuungspersonen zur Verfügung stünden, diese Berufe (im Unterschied zu anderen Berufen des Gesundheitswesens) vielmehr "durch Unselbständigkeit" gekennzeichnet seien, sei den Kassen "das Recht zur Eigenanstellung" eingeräumt. Unbeschadet der Tatsache, daß Pflege- und Betreuungsberufe nur ausnahmsweise selbständig, typischerweise aber unselbständig - in Krankenhäusern und ambulant in Sozialstationen - ausgeübt werden, findet diese Begründung indessen in den gesetzgeberischen Motiven keine hinreichende Stütze:

- § 185 a RVO wurde im Zuge der Weimarer Notstandsgesetzgebung in den Notzeiten nach dem 1. Weltkrieg vor dem Hintergrund einer vor allem in ländlichen Gebieten unzureichenden ärztlich-medizinischen Versorgung der Versicherten eingeführt²⁹⁹). Dies umso mehr, als seinerzeit auch noch die freie Wahl des Kassenarztes und des Krankenhauses eingeschränkt war. Die den Kassen "mit räumlich weitausgedehntem Bezirke" zugestandene Heranziehung von Krankenschwestern sollte so Engpässe in der ambulant-ärztlichen und in der stationären Versorgung der Versicherten mildern helfen³⁰⁰). Dementsprechend war auch der Reichsausschuß für Ärzte und Krankenkassen ermächtigt, Richtlinien für die Tätigkeit dieser Krankenschwestern aufzustellen (§ 185 a Satz 2 a.F.). Ersichtlich war damit das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein selbständig oder unselbständig tätiger Krankenpflegepersonen für diese Vorschrift ebensowenig Beweggrund, wie die ausdrückliche Zu-

299) Vgl. dazu oben Abschnitt E III 2 d (S. 212)

300) Vgl. Kühne, Krankenversicherung, 2. Aufl. 1939, § 185 a RVO, Anm. 1

lassung der Selbstabgabe. Dementsprechend wurde auch das Recht zur "Anstellung" nicht im strengen Wortsinn, sondern sowohl im Sinne der Eigenanstellung als auch im Sinne vertraglicher Fremdbeschaffung (z. B. über eine gemeindliche Pflegestation) verstanden³⁰¹⁾. Im übrigen aber kann § 185 a RVO schon deshalb nicht als besondere Beschaffungsregel verstanden werden, weil seinerzeit ein korrespondierender Anspruch auf ambulante Pflegedienste noch nicht bestanden hat.

- Auch die Motive zu § 376 b RVO lassen nicht darauf schließen, der Gesetzgeber habe mit dieser Klausel eine spezielle Rechtsgrundlage für ambulante kasseneigene Pflegedienste schaffen wollen. Die genannte Regelung wurde aus dem Recht der landwirtschaftlichen Krankenversicherung übernommen³⁰²⁾, wo sie - bezogen auf die landwirtschaftliche Betriebs- und Haushaltshilfe - erstmals in § 77 Abs. 1 KVLG Eingang gefunden hat. Der Gesetzgeber ging hierbei aber von der "grundsätzlich gegebenen Möglichkeit"³⁰³⁾ kasseneigener Pflege- und Betreuungsdienste aus, was nicht anders verstanden werden kann, als daß ihm ohnehin die Vorstellung einer grundsätzlichen Eigenleistungsbefugnis der Kassen vorgeschwebt hat. Er verfolgte denn auch mit dieser Regelung lediglich einen auf Koordination und Kostenersparnis zielenden Zweck, indem

301) Vgl. Kühne a.a.O., Anm. 2

302) Vgl. Amtl. Begr. zu § 1 Nr. 5 Leistungsverbesserungsgesetz (KLVG), BT-Drs. 7/377, S. 5

303) Vgl. Amtl. Begr. zu § 69 des Entwurfs eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte - KVLG), BT-Drs. VI/3012, S. 37

die landwirtschaftliche Krankenkasse "gemeinsam mit der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft und der landwirtschaftlichen Alterskasse" die benötigten Einsatzkräfte anstellen sollte, um so eine "Überbesetzung"^{303 a)} zu vermeiden, die offenbar befürchtet wurde, wenn jeder Träger eigene Kräfte angestellt hätte. Es mag zwar sein, daß die Regelungen in § 376 b Satz 1 RVO und in § 77 Abs. 1 KVLG auch auf die Knappheit ambulanter Pflege- und Betreuungskräfte in dritter Trägerschaft zurückzuführen sind, ersichtlich sind sie aber nicht deshalb ergangen, um besondere Rechtsgrundlagen für eine Eigenleistungsbefugnis der Kassen zu schaffen. So aber müssen diese Regelungen als positiver Ausdruck dafür verstanden werden, daß die Etablierung kasseneigener Pflegedienste unter den im Gesetz genannten Konditionen mit den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (IV § 69 Abs. 2 SGB) auf keinen Fall kollidiert. Daß auch ansonsten die Zulässigkeit der Selbstabgabe positiv zum Ausdruck bringende Regelungen vor haushaltsrechtlichem Hintergrund zu sehen sind, zeigt einmal § 27 e Abs. 2 RVO (a.F.), der die Errichtung kasseneigener Zahnkliniken, Erholungs- und Genesungsheime sowie Kranken- und sonstigen Heilanstalten einem aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterworfen hatte. Die Aufsichtsbehörde sollte auf diese Weise prüfen, ob die beabsichtigten Investitionen wirtschaftlich gerechtfertigt sind³⁰⁴⁾.

- Unter diesem Blickwinkel ist ferner auch § 346 Abs. 2 Nr. 2 RVO zu verstehen, der Vorstandsbeschlüsse über die Errichtung von Krankenhäusern³⁰⁵⁾ und Genesungsheimen der Zustimmung

303 a) Vgl. a.a.O.

304) Vgl. BSGE 28, 42 (43)

305) Insoweit ist § 346 Abs. 2 Nr. 2 RVO aus den schon genannten Gründen (vgl. oben S.209 ff.)obsolet, während Errichtung und Betrieb von Genesungsheimen als Gemeinschaftsaufgabe Sache der zuständigen Landesversicherungsanstalt ist (vgl. oben Fn. 188, S. 209)

der Vertreterversammlung unterwirft. Hinzu tritt hier allenfalls noch ein organrechtliches Moment. Indem nämlich derartige Investitionen erhebliche haushaltsmäßige Auswirkungen haben, die Feststellung des Haushaltsplans aber Sache der Vertreterversammlung ist (IV § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB), kann die Vorschrift nur den Sinn haben, die budgetrechtlichen Belange der Vertreterversammlung zu wahren. Wenn aber damit § 346 Abs. 2 Nr. 2 RVO ein auf die besondere Legitimation entsprechender kasseneigener Einrichtungen abzielender Gehalt fehlt, dann impliziert die Regelung nicht (nur) deren Zulässigkeit, sondern setzt sie geradezu voraus³⁰⁶⁾.

- Dies wird schließlich ganz besonders deutlich im Falle des § 368 d Abs. 1 Satz 4 RVO. Danach darf eine Kasse Zahl und Umfang ihrer am 20. 8.1955, dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes über Kassenarztrecht, bestehenden Einrichtungen zur Erbringung (zahn)ärztlicher Leistungen nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung (mit der zuständigen Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung) vermehren. Mit Zacher³⁰⁷⁾ ist darin zunächst ein Schutzgesetz zugunsten der Kassenärzte und der Kassenzahnärzte zu sehen, zum anderen aber sollen bereits bestehende kasseneigene Institute aus Gründen der Wirtschaftlichkeit weiterexistieren können. Funktionell besagt die Vorschrift aber auch, daß die Kassen nicht (mehr) autonom über die Errichtung neuer Ambulatorien, Zahn(poli)kliniken und ähnlicher Institute entscheiden können. Dies gibt wiederum nur Sinn, wenn der Gesetzgeber von einer ursprünglich den Kassen zustehenden Eigenleistungsbefugnis ausgegangen ist. Eine andere denkbare Interpretationsmöglich-

306) ebenso: Gurgel, SGB-SozVers-Geskomm., IV § 30, Anm. 3 (S. 306)

307) a.a.O., S. 49; vgl. auch BSGE 31, 21 (23)

keit wäre nur die, daß der Gesetzgeber damit rechtswidrig errichtete Eigeneinrichtungen legalisieren wollte. Diese Alternative erscheint indes als so abwegig, daß sie nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden kann, zumal sie konträr zur damals herrschenden, wenn nicht gar einhelligen Rechtsüberzeugung stünde. Außerdem könnte sie nicht erklären, warum der Gesetzgeber ausgerechnet die Vermehrung solcher Einrichtungen zur Disposition der Krankenkassen und der Kassenärzteschaft gestellt haben sollte, noch dazu, als sich die beiden Parteien zum Nachteil selbständig tätiger Masseure und Krankengymnasten beispielsweise auch darüber verständigen könnten, daß Massagen, krankengymnastische Behandlungen ect. als ärztliche Sachleistungen im Sinne der Sachleistungsvereinbarung³⁰⁸⁾ in neuerrichteten Kasseninstituten verabfolgt werden dürfen. Nach alledem aber kann § 368 d Abs. 1 Satz 4 RVO nicht als Gestattungs-, sondern muß vielmehr als Sperrklausel aufgefaßt werden, die im Hinblick auf den auf die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen übergegangenen Sicherstellungsauftrag (§ 368 n Abs. 1 RVO) folgerichtig ist³⁰⁹⁾. Handelt es sich hier aber um eine Sperrvorschrift, dann hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Selbstabgabe auch hier wiederum vorausgesetzt.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß keine dieser Regelungen die originäre und spezielle Legitimation der Selbstabgabe zum Gegenstand hat. Wie gezeigt, liegen den erwähnten Regelungen durchwegs andere Motive zugrunde, so daß von ihrem Exklusivcharakter nicht die Rede sein kann. Wenn aber den fraglichen Vorschriften der Ausnahmecharakter nicht nur fehlt, sondern ihnen teilweise sogar eindeutige Hinweise auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Selbstabgabe zu entnehmen sind, dann ist die These, im Recht der GKV sei die

308) Vgl. oben Abschnitt B, Fn. 62 (S. 57)

309) ebenso: Gurgel, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 20 f.

"Leistungserbringung durch Dritte als Regel" und die "Kompetenz zur Eigenerbringung als Ausnahme" ausgeprägt³¹⁰⁾ und hieraus folgend der Schluß auf ein "Vertragsregime"³¹¹⁾ nicht gerechtfertigt.

Von Maydell/Scholz sind sogar (unabhängig von einem "Regel-Ausnahme-Verhältnis") von vornherein der Ansicht, der Gesetzgeber habe grundsätzlich "das Instrumentarium des Vertrages vorgeschrieben"^{311a)} bzw. "festgelegt"³¹²⁾, was sie aber an anderer Stelle wiederum dahingehend relativieren, daß er "von einem Vertragssystem ausgegangen"³¹³⁾ sei, dies "zumindest zu erkennen gegeben"³¹⁴⁾ habe. Man mag schon über dieses Gefälle in der Diktion erstaunt sein, Ausgangstatsache ist, daß der Sechste Titel des Vierten Abschnitts des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung (§§ 368 ff. RVO) wie auch der Sechste Abschnitt des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte (§§ 74 ff. KVLG) schlicht mit "Verhältnis zu Ärzten, Zahnärzten, Krankenhäusern" usw. überschrieben ist. Dementsprechend lautete § 368 RVO, immerhin die Wurzel all dessen, was das Recht der GKV zur vertraglichen Leistungssicherstellung sagt, in der Urfassung lapidar:

"Die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten werden durch schriftlichen Vertrag geregelt; die Bezahlung anderer Ärzte kann die Kasse, von dringenden Fällen abgesehen, ablehnen".

Entsprechendes galt für "die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Zahnärzten" (§ 374 RVO a.F.). Und ergänzend hierzu hieß und heißt es heute noch in § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO, daß der Kassenverband "für die ihm angeschlossenen Kassen gemeinsam"

310) Zacher, a.a.O., S. 78, 81; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506; vgl. auch v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 47 ff.

311) Zacher, a.a.O., S. 78, 79; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O.

311 a) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 49

312) a.a.O., S. 18

313) a.a.O., S. 49

314) a.a.O., S. 48

"Verträge mit Ärzten, Zahnärzten, Zahn Technikern (usw.) ... sowie Überlieferung von Heilmitteln und anderen Bedürfnissen der Krankenpflege vorbereiten oder abschließen (kann)".

Ein normativer Befehl des Inhalts, die Kassen müßten in Beziehungen zu den genannten Leistungserbringern treten, ist daraus nicht zu entnehmen. Wollte man aus diesem Normenbestand auf ein zwingendes Vertragsregime schließen, so hätte der Gesetzgeber jedenfalls wesentlich entschiedener formulieren müssen. Dies hat er, abgesehen vom Kassenarztrecht und abgesehen von späteren Ergänzungen in bezug auf Krankenhäuser und Hebammen bis heute nicht getan. Zumindest hätte man einen deutlichen Hinweis gegen die Selbstabgabebefugnis erwarten dürfen. So aber kann man in diesen Regelungen nur Ordnungsvorschriften hinsichtlich der naheliegendsten und auch immer praktizierten Regelsicherstellungsform erblicken.

Ein Primat vertraglicher Leistungssicherstellung ließe sich allenfalls dann noch annehmen, wenn es dem Gesetzgeber mit den genannten Vorschriften primär um den Schutz der selbständig tätigen Leistungsanbieter gegangen wäre, diesen Vorschriften also ein entsprechendes dritt-, d. h. wirtschaftsschützendes Moment innewohnen würde³¹⁵⁾. Abgesehen davon, daß sich hierfür in den gesetzgeberischen Motiven kein Beleg findet und eine solche Zielsetzung von der Rechtsprechung verneint wird^{315a)}, spricht gegen eine solche Auslegung, daß die GKV in ihren Anfängen und noch lange danach ein kaum entscheidend ins Gewicht

315) Eine solche Vorstellung liegt offenbar der Annahme zugrunde, IV § 30 SGB sei ein Schutzgesetz (i. S. des § 823 Abs. 2 BGB) zugunsten privater Leistungsanbieter; vgl. v. Maydell/Scholz, S. 66 unter Hinweis auf ein offenbar nicht veröffentlichtes Gutachten von Hefermehl; verneinend: OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 14 f.

315 a) Vgl. die Nachweise in Fn. 217 (S. 216)

fallender Nachfragefaktor war³¹⁶⁾, die Leistungsanbieter damals also auf sie nicht "angewiesen" waren und zum anderen, daß der Gesetzgeber ersichtlich selbst nicht von einer Begünstigung aller in Betracht kommenden Leistungsanbieter ausgegangen ist, sondern ursprünglich in bezug auf Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser, Apotheken sogar ausdrücklich und für andere Leistungsanbieter entsprechend ein Auswahlrecht konzidiert hat. Selbst heute enthält das Recht der GKV, abgesehen von Ärzten, Zahnärzten, Hebammen und Krankenhäusern, noch keine individuelle Anspruchsgrundlage für Leistungsanbieter auf Zugang zur Leistungsveranschaffung, sie muß vielmehr entweder auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht oder aus Grundrechtspositionen konstruiert werden. Ganz entschieden spricht aber gegen einen gesetzlichen Vorrang vertraglicher Leistungssicherstellung, warum ausgerechnet in dem am weitesten fortentwickelten Recht der Leistungssicherstellung, nämlich im Kassenarztrecht, wo es zudem die Leistungsanbieter verstanden haben, ihren Interessen Geltung zu verschaffen, die - wenngleich nicht mehr einseitig wahrzunehmende - Befugnis der Kassen zur Eigenleistung in § 368 d Abs. 1 Satz 4 grundsätzlich bestätigt sein sollte, in den sonstigen, weitgehend im rudimentären Urzustand verbliebenen Sicherstellungsbereichen hingegen nicht. Zwar sieht der im Zuge des Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetzes neueingefügte § 376 d RVO nunmehr auch im Bereich der Heil- und Hilfsmittel

316) So waren im Jahre 1895 14,4 %, im Jahre 1908 20,6 %, im Jahre 1931 32 % und im Jahre 1955 48 % der jeweiligen Gesamtbevölkerung in der GKV versichert (vgl. BVerfGE 11, 30/43; Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 60. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der gesundheitspolitische Effekt der GKV in dem Maße, wie diese quantitativ und qualitativ gewachsen ist, eine Nachfragesteigerung nach Gesundheitsgütern bewirkt und damit letztlich die Grundlagen für das Aufblühen der davon begünstigten Berufs- und Wirtschaftszweige gelegt hat; vgl. Leibfried/Tennstedt, a.a.O., S. 701, der dies am Beispiel der selbständig tätigen Augenoptiker belegt.

den Abschluß entsprechender Verträge vor, doch kann vor dem dargestellten Hintergrund hieraus ebenfalls kein Schluß auf ein zwingendes Vertragsregime und damit auf eine materielle Rechtsänderung gezogen werden, zumal der Gesetzgeber diese Vorschrift der gegebenen Begründung³¹⁷⁾ zufolge ohnehin nur deshalb geschaffen hat, um die in den §§ 368 ff. RVO bestehende Lücke hinsichtlich der Beschaffung von Heil- und Hilfsmittel zu schließen. Der Gesetzgeber hat damit aber nur nachvollzogen, was unbeanstandet seit Anbeginn der GKV praktiziert wurde, nämlich die Leistungssicherstellung durch entsprechende Verträge mit Dritten.

Auch durch Begründung vertraglicher Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern haben sich die Kassen ihrer Befugnis zur Selbstabgabe, soweit sie ihnen zusteht, nicht begeben. v. Maydell/Scholz³¹⁸⁾ meinen zwar, eine zusätzlich Selbstabgabe betreibende Kasse zerrütte die vertraglichen Grundlagen dieser Rechtsbeziehungen und handle damit treuwidrig mit der Folge, daß sie von betroffenen Leistungsanbietern auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könne. Dieser Ansicht könnte gefolgt werden, wenn die Kassen, z. B. im jeweiligen Rahmenvertrag, auf die Wahrnehmung dieses Rechts ausdrücklich verzichtet hätten. Das indes ist, soweit ersichtlich, nicht geschehen. Schweigen aber die Abmachungen zwischen Kassen und Leistungserbringern hierzu, dann kann die Vertragsauslegung mit Blick auf die §§ 133, 157 BGB deshalb nicht zu dem genannten Schluß führen, weil die Kassen seit Jahrzehnten von der Zulässigkeit der Selbstabgabe überzeugt waren, dies immer wieder manifestiert haben und diese Rechtsüberzeugung den Leistungsanbietern bei Begründung vertraglicher Rechtsbeziehungen bekannt war. Abgesehen davon wäre auch höchst zweifelhaft, ob ohne ausdrückliche Erklärung der jeweiligen Kasse die gesetzliche bzw. auf einer Vollmacht beruhende Vertretungsmacht der den Rahmenvertrag schließenden Kassenverbände (§ 407 Abs. 1 Nr. 2, § 414 e Buchst. c RVO) soweit reicht, um expressis verbis

317) Vgl. BT-Drs. 9/845, S. 15 (zu Nr. 19)

318) a.a.O., S. 65

oder konkludent einen solchen Verzicht zu erklären³¹⁹⁾.

Zusammenfassend wird nach alledem hier die Auffassung vertreten, daß das Recht der GKV den Krankenkassen die Selbstabgabe im Prinzip gestattet, soweit ihnen selbst die Leistungssicherstellung obliegt und soweit dem nicht Haushaltsrecht entgegensteht. Außer den gesetzlich geregelten Fällen ist die Selbstabgabe hiernach vor allem im Bereich der Heil- und Hilfsmittel zugelassen.

c) Grenzen der Eigenleistungsbefugnis der Krankenkassen

Diese Befugnis tatsächlich in Anspruch zu nehmen, ist nun allerdings den Kassen nicht grenzenlos gestattet. Grenzen sind zum einen dort errichtet, wo mit der Selbstabgabe nicht mehr ein Geschäft zur Aufgabenerfüllung i. S. des IV § 30 Abs. 1 SGB geführt wird und zum anderen dort, wo damit in einschlägige Grundrechtspositionen der hiervon betroffener Leistungsanbieter eingegriffen wird.

aa) Krankenversicherungsrechtliche Grenzen

Soweit der Auftrag zur Leistungssicherstellung bei den Krankenkassen verblieben ist, endet dieser zwangsläufig an dem Punkt, an dem auch ihre Naturalleistungsverpflichtung endet. Nur insoweit sind die Kassen den Versicherten gegenüber einstandspflichtig. Die Eigenleistungsbefugnis der Krankenkassen ist damit positiv dadurch eingegrenzt, daß sie, soweit sie eigenleistungsbefugt sind, den Versicherten alle kassenüblichen Dienst- und Sachleistungen unmittelbar verschaffen dürfen, negativ hingegen dadurch, daß sich Selbstabgabeaktivitäten nicht auf solche Güter erstrecken dürfen, die entweder überhaupt nicht oder zwar funktional, nicht aber in ihrer konkreten Beschaffenheit zum Naturalleistungskatalog der GKV gehören. Zu Recht sehen v. Maydell/Scholz³²⁰⁾, Zacher³²¹⁾ und das OLG

319) ebenso: OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 15; OLG Oldenburg, a.a.O., S. 13

320) a.a.O., S. 55 ff.

321) a.a.O., S. 89 f.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 509

Oldenburg³²²⁾ (auf jeden Fall) in der Erstreckung der Selbstabgabe auf Feinbrillen, die nicht allein der Korrektur eines Sehfehlers dienen, sondern auch zur Befriedigung eines subjektiv-modischen Bedürfnisses gewünscht werden, einen Verstoß gegen IV § 30 Abs. 1 SGB, denn ein solcher Artikel übersteigt jedenfalls das Maß des Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO, § 13 Abs. 2 KVLG), fällt in die private Sphäre des Versicherten und "geht damit die Krankenkasse nichts an"³²³⁾. Darüber hinaus verstößt die Selbstabgabe solcher Mehrbedarfsartikel gegen Zahlung des Differenzbetrags zur kassenüblichen Brille durch den Versicherten gegen eine Reihe weiterer krankenversicherungsrechtlicher Prinzipien, namentlich auch gegen das Verbot zweckwidriger Beitragserhebung (§ 385 Abs. 4 RVO)³²⁴⁾. Freilich ist, wie Peters³²⁵⁾ ausführt, Feinbrille nicht immer gleich Feinbrille; vielmehr kommt es stets auf den jeweiligen Einzelfall an. So können besondere Gläser in der Regel kosmetisch gewünscht, ausnahmsweise aber medizinisch zwingend indiziert sein. Das ist indes nicht für das besondere modische oder elegante Design oder eine kostbare Ausführung von Brillenfassungen denkbar, so daß sich hierauf die Selbstabgabe nicht erstrecken kann; "bessere" Brillengestelle können daher nicht Gegenstand der Selbstabgabe sein.

Die von Rohwer-Kahlmann³²⁶⁾, Schimmelpfeng-Schütte³²⁷⁾ und offenbar auch von Peters³²⁸⁾ unter Berufung auf ein "fortent-

322) a.a.O., S. 19

323) Zacher, a.a.O., S. 90; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 509

324) Vgl. dazu eingehend v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 59 ff.

325) ZSR 1980, S. 474 (477)

326) ZSR 1980, S. 92 (103, 106 f.); 197 (225, 259); SGB 1980, S. 89 (91); Festschrift für Wannagat, S. 351 (359 ff.)

327) SGB 1980, S. 379 (381)

328) ZSR 1980, S. 474 (479)

wickeltes" Naturalleistungsprinzip und den Individualitätsgrundsatz des I § 33 SGB vertretene gegenteilige Ansicht vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Wenn zur Begründung dieser Ansicht die Rechtsprechung des BSG zur Wahl einer besseren Pflegeklasse³²⁹⁾ (gegen Aufzahlung des Versicherten) und zum Eigenanteil des Versicherten bei der Versorgung mit orthopädischen Schuhen³³⁰⁾ herangezogen wird³³¹⁾, so wird schon übersehen, daß es sich hierbei um zwei grundverschiedene Fälle handelt, die dementsprechend unterschiedlich zu bewerten sind. Die Wahl einer "besseren" Pflegeklasse gehört ebenso wie die Wahl einer "besseren" Brille (Feinbrille) in die Fallkategorie freiwilliger Zuzahlung. Hier muß die Krankenhausbehandlung oder eine Brille schuldende Krankenkasse infolge des erwähnten Individualitätsgrundsatzes dem Versicherten die Erfüllung eines subjektiven Mehrbedarfswunsches ermöglichen; sie darf sich also nicht vom früher praktizierten "Ganzheitsprinzip" leiten lassen, demzufolge der Versicherte die vorgesehene ("schlichte") Kassenleistung entweder zu akzeptieren hatte oder darauf verzichten mußte³³²⁾. Die Pflicht der Kasse, dem Versicherten die Realisierung seines Mehrbedarfswunsches zu ermöglichen, führt indes nicht dazu, nun auch den Mehrbedarf natural zu gewähren³³³⁾. Damit aber ist dies keine Frage der auch von Rohwer-Kahlmann³³⁴⁾ zur Legitimation der Selbstabgabe berufenen Einstandspflicht der Kasse, sondern

329) BSGE 42, 117

330) BSGE 42, 229

331) Vgl. etwa Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 197 (221 f.)

332) Vgl. Peters, ZSR 1980, S. 474 (478)

333) Das nimmt irrigerweise das OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 23 an

334) ZSR 1980, S. 197 (206, 218)

wie gesagt, ausschließlich Privatsache des Versicherten. Dementsprechend erachtete auch das RVA³³⁵⁾ die Erstreckung der Selbstabgabe auf solche Güter, die nur "Zuschußleistung" waren, für rechtswidrig. Es hielt zwar immerhin in einem obiter dictum Güter mit freiwilliger Zuzahlung für "selbstabgabefähig"³³⁶⁾, ohne aber diese Frage letztlich zu entscheiden. Entgegen Rohwer-Kahlmann³³⁷⁾ ist daher diese Entscheidung kein Beleg dafür, daß den Kassen auch in diesem Bereich Selbstabgabe gestattet ist³³⁸⁾. Völlig anders strukturiert sind die Fälle, in denen der Versicherte einen Eigenanteil zu tragen hat, weil mit der Leistung nicht nur ein versicherter Bedarf der Krankenpflege, sondern zugleich und untrennbar auch ein nicht versicherter Bedarf privater Lebensführung gedeckt wird. Hier muß die Kasse für eine einheitlich-untrennbare Leistung aufkommen, die sie nach der hier vertretenen Auffassung auch unmittelbar an den Versicherten verschaffen darf. Andererseits ist aber eben gerade wegen der gezeigten grundsätzlichen Verschiedenheit dieser Fallgruppe mit der Fallgruppe freiwilliger Zuzahlung der Schluß unzulässig, auch dort sei die Selbstabgabe gestattet.

bb) Grundrechtliche Grenzen

Eine weitere Schranke, die von den Krankenkassen bei der Wahrnehmung ihrer Selbstabgabebefugnis zu beachten ist, sind schließlich einschlägige Grundrechtspositionen der hiervon betroffenen Dittleistungsanbieter. Dies schon deshalb, weil

335) vom 15.11.1933 (RVAGE 4711); EuM 1935, S. 206 (208 f.)

336) a.a.O., S. 210

337) ZSR 1980, S. 92 (101, 106); 197 (222 f.); SGB 1980, S. 89 (91)

338) ebenso v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 43, (Fn. 99), S. 58 (Fn. 122)

nicht einerseits aus Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektives Recht der Leistungsanbieter auf Zugang zur Leistungsveranschaffung bejaht werden kann, um damit eine effektive Ausübung seines Berufes bzw. Gewerbes zu gewährleisten³³⁹⁾, wenn man andererseits zuließe, daß dieses Recht durch eine grenzenlose Gestattung einer Eigenleistungsbefugnis der Krankenkassen ausgehöhlt und so im Kern wieder zunichte gemacht wird.

Dem Grundrechtsschutz privater Wettbewerber gegenüber Mitbewerbern der öffentlichen Hand kommt ganz allgemein umso größere Bedeutung zu, als sich weder die Ansicht, aus dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen "Generalgrundrecht"³⁴⁰⁾ des Art. 2 Abs. 1 GG folge ein Recht des Bürgers auf Freiheit vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand³⁴¹⁾, noch die Vorstellung eines verfassungskräftigen Subsidiaritätsprinzips³⁴²⁾ angesichts der "neutralen" oder "offenen" grundgesetzlichen Wirtschaftsordnung³⁴³⁾ allgemein durchgesetzt hat und schließlich grundsätzlich auch "das öffentliche Recht keinerlei geeignete Vorschriften über die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand enthält"³⁴⁴⁾. Zwar vermittelt weder Art. 12 Abs. 1

339) Vgl. dazu nochmals oben Abschnitt E II 6 c) bb)
(S. 189, 190 ff.)

340) Huber, DÖV 1956, S. 135

341) Vgl. die Nachweise bei Klein, Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 100 f.

342) Vgl. die Nachweise bei Klein, a.a.O., S. 164; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 109; v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 108

343) Vgl. BVerfGE 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 12, 341 (347); 21, 73 (78); 50, 290 (336 ff.); BVerwGE 17, 306 (308)

344) Püttner, DÖV 1974, S. 787 (= Anm. zum Urteil des BGH vom 26.4.1974, a.a.O., S. 785 - Kfz-Kennzeichenverkauf durch Landratsamt); vgl. auch Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 193; Klein, a.a.O., S. 158 f.; Emmerich, a.a.O., S. 110 ff.

GG noch Art. 14 GG dem Geschäftsmann ein subjektiv verfassungskräftiges Recht auf Erhaltung seines Geschäftsumfangs und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten³⁴⁵⁾, jedoch "hat die Verwaltung ihr gesamtes Verhalten so einzurichten, daß sie den Freiheitsbereich des einzelnen, wie das Grundgesetz in absteckt, weder imperativ noch faktisch verengt"³⁴⁶⁾.

Gingen die Krankenkassen in den hierfür in Betracht kommenden Leistungsbereichen ganz generell auf die Selbstabgabe über und verpflichteten sie ihre Mitglieder im Sinne eines Benutzungszwangs die diesen zu gewährenden Dienst- und Sachleistungen nur von kasseneigenen Einrichtungen zu beziehen, wie dies früher vereinzelt der Fall war³⁴⁷⁾, dann wären angesichts des nahezu totalen Erfassungsgrades der GKV die konkurrierenden privaten Leistungsanbieter zur Aufgabe ihres Gewerbes bzw. ihrer selbständig-freiberuflichen Tätigkeit gezwungen. Rechtsatzmäßig wäre ein solches Versorgungsmonopol verfassungsrechtlich nicht realisierbar, da ihm mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG als objektive Berufszulassungsschranke für die selbständig tätigen Leistungserbringer die innere Legitimation fehlen würde³⁴⁸⁾. Außerdem würde deren Verdrängung vom Markt gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verstoßen³⁴⁹⁾. Und schließlich wäre die hierdurch bewirkte Unterbindung der freien Wahl des Leistungserbringers ein

345) Vgl. BVerfGE 24, 236 (251); BVerwGE 39, 329 (336 f.)

346) Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, S. 92; vgl. auch BVerfGE 13, 181 (185 f.); 22, 380 (384)

347) Vgl. Palm, a.a.O., S. 25; ProVGE 53, 376) Tatbestand)

348) Vgl. v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 126; Zacher, a.a.O., S. 96; Kirchhof, a.a.O., S. 937

349) Vgl. v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 127 ff.; Kirchhof, a.a.O., S. 938

unverhältnismäßiger und damit nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Handlungsfreiheit des Versicherten (Art. 2 Abs. 1 GG³⁵⁰).

Erst recht wäre dies bei einem faktischen Versorgungsmonopol der Fall. Da insoweit die Kassen kein gesetzliches Mandat haben, wäre ein solches Monopol schon im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig, wäre zudem ein enteignungsgleicher Eingriff in das von Art. 14 GG geschützte Recht der betroffenen Leistungsanbieter am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³⁵¹) und würde schließlich wiederum die Versicherten in der schon genannten Weise in ihrem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzen. Endlich wäre in beiden Fällen der Versorgung des kleinen Kreises Nichtversicherter mit einschlägigen Gesundheitsleistungen auf dem freien Markt praktisch der Boden entzogen³⁵²).

Wann ein faktisches Monopol vorliegt, läßt sich nicht einfach sagen. Abstrakt gesehen ist dies die Sozialisierungsschwelle des als Sondervorschrift zu Art. 12 und Art. 14 GG anzusehenden Art. 15 GG³⁵³). Konkret indes läßt sich die Grenze, wann Quantität in Qualität umschlägt, nicht angeben. Für das Entstehen eines faktischen Versorgungsmonopols der Krankenkassen wäre zwingend Voraussetzung, daß zumindest in einer Region möglichst alle örtlichen Krankenkassen in den fraglichen Leistungsbereichen Selbstabgabestellen einrichteten und sukzessive entsprechend expandieren ließen. Dies anzunehmen wäre freilich unrealistisch, weil zum

350) Hierauf weist insbesondere Kirchhof, a.a.O., S. 936 f. hin

351) Vgl. v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 127 ff., 131

352) Vgl. Zacher, a.a.O., S. 101 f.; Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 506

353) Vgl. Püttner, a.a.O., S. 158; Klein, a.a.O., S. 182

einen die Interessenlagen der Kassen, die ja untereinander ebenfalls in einem gewissen Wettbewerb stehen, keinesfalls gleichförmig sind, einzelne Kassen, vor allem kleinere, administrativ insoweit überfordert wären³⁵⁴⁾ und die Selbstabgabe im übrigen von den Krankenkassen noch nie als Selbstzweck angesehen, sondern vorwiegend in Ausnahmesituationen und dann immer "dosiert" unter tatsächlichem Vorrang der Fremdagabe eingesetzt wurde. Damit aber, daß die Krankenkassen sich bisher immer mit ihren Eigenleistungsaktivitäten prinzipiell im Rahmen ihrer Aufgabenstellung hielten und außerdem die Selbstabgabe noch nie eine ernsthafte existentielle Gefährdung der privaten Leistungserbringer mit sich brachte, läßt sich auch erklären, warum Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden ein Verbot der Selbstabgabe mehrfach abgelehnt³⁵⁵⁾ haben. Auch erklärt die Zurückhaltung der Kassen, warum der Gesetzgeber von der Aufnahme "zügelnder" Vorschriften in die Reichsversicherungsordnung abgesehen und sich damit anders verhalten hat als auf dem Gebiet des Kommunalrechts, wo er mit den §§ 67 ff. der Deutschen Gemeindeordnung (DGO 1935) und später in den Kommunalgesetzen der Länder³⁵⁶⁾ eben deshalb der wirtschaftlichen Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften einen - mangels Verfassungsrang nicht verallgemeinerungsfähigen³⁵⁷⁾ - Riegel vorgeschoben hat, weil sich vordem die Gemeinden häufig nicht nur jenseits ihres gesetzlichen Wirkungskreises, sondern sich dabei teilweise auch recht massiv gewerblich betätigt hatten und so in der Tat eine ernsthafte Bedrohung der Privatwirtschaft darstellten³⁵⁸⁾. Beides lag und liegt im Fall der Krankenversicherungsträger nicht vor. Selbst im Fall der von

354) Die Ansicht von Zacher, a.a.O., S. 99 f., und Zacher/Friedrich-Marczyk, a.a.O., S. 507, die ganz generell eine solche Überforderung annehmen, dürfte wohl im Hinblick auf die "Großkassen" zu weit gehen.

355) Vgl. oben Fn. 218 (S. 217)

356) Vgl. z. B. Art. 89 BayGO; § 85 GO Bad.-Württ.

357) Vgl. Klein, a.a.O., S. 178, Fn. 1

358) Vgl. Nr. 1 der Amtl. Begr. zu § 67 DGO (1935), abgedr. bei Surén/Loschelder, Die Deutsche Gemeindeordnung, Band II, Berlin 1940, Erl. zu § 67, S. 88

der AOK Düsseldorf - einer Großkasse mit einem Anteil von nahezu 50 % Versicherten im Düsseldorfer Raum³⁵⁹⁾ - jahrzehntelang betriebenen Brillen-Selbstabgabestelle, die zudem auch Feinbrillen in ihrem Sortiment hatte, konnten die Kläger einen existenzvernichtenden Effekt im Unterlassungsprozeß nicht dartun, sondern lediglich die abstrakte Gefahr des Ruins ihres Berufsstands geltend machen³⁶⁰⁾, ohne dies aber - wie übrigens auch im Parallelprozeß gegen die AOK Leer - durch Angabe der Marktanteile der Brillen-Selbstabgabestelle zu untermauern. Auch v. Maydell/Scholz stützen ihre Schlußfolgerung auf eine Hypothese: "Vor allem im unmittelbaren regionalen Einzugsgebiet der Selbstabgabestellen dürften (!) die konkurrierenden Augenoptiker Umsatzrückgänge von ruinösem Ausmaß hinzunehmen haben"³⁶¹⁾. Derartige Mutmaßungen lassen indes nicht den Schluß zu, jegliche Konkurrenz durch Eigeneinrichtungen der Kassen sei schon unter Grundrechtsgesichtspunkten tendenziell verfassungsrechtlich illegitim. Dieser von Zacher³⁶²⁾, insbesondere aber von v. Maydell/Scholz³⁶³⁾ eingenommene Standpunkt kann daher nicht geteilt werden, jedenfalls solange nicht, als die Kassen einer Region solche Aktivitäten entsprechend "dosieren", wozu sie im übrigen nach Art. 1 Abs. 3 und unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) ohnehin gehalten sind. Angesichts des traditionell zurückhaltenden Gebrauchs der Selbstabgabekompetenz durch einzelne Kassen kann weder global noch regional von einem grundrechtswidrigen Verdrängungswettbewerb die Rede sein. Bleiben damit aber die bisherigen Selbstabgabeaktivitäten

359) Vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 12

360) Vgl. a.a.O., S. 8, vgl. dazu auch die instruktive Statistik im Fall der Brillenabgabestelle der AOK Düsseldorf bei Krauskopf, a.a.O., S. 571

361) v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 121

362) a.a.O., S. 95 ff.

363) a.a.O., S. 121, 127, 135

unterhalb der grundrechtlich relevanten Erträglichkeitsschwelle, dann ist dies ebensowenig zu beanstanden, wie eine in vergleichbarem Ausmaß stattfindende, ebenfalls legitime wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, etwa auf den Gebieten des Bestattungswesens³⁶⁴⁾ oder der Wohnungsvermittlung³⁶⁵⁾.

d) Ergänzende Erwägungen

Wenngleich die Krankenkassen nach bisherigem Befund in Grenzen legal Selbstabgabe betreiben können, so stellt sich doch andererseits die Frage nach der Legitimität solcher Aktivitäten.

Wenn man recht sieht, ist dies letztendlich das zentrale Anliegen des von v. Madell/Scholz und Zacher eingenommenen Standpunkts. Ihnen ist zuzugeben, daß die Möglichkeit der Selbstverschaffung angesichts des traditionell-gewachsenen und prinzipiell bewährten indirekten Systems der Fremdverschaffung zumindest in der heutigen Zeit als Fremdkörper erscheinen und mangels innerer Ordnung eine latente Gefahr mißbräuchlicher Ausnutzung durch die Kassen zum spürbaren Nachteil für gewerbliche oder freiberufliche Leistungserbringer bergen könnte.

Dem gegenüberzustellen ist jedoch die ökonomische Funktion der Selbstabgabe. Wenn nämlich die Krankenkassen verpflichtet sind, ihren Versicherten Naturalleistungen zur Verfügung zu stellen, die den Normalitätsmaßstäben des § 132 Abs. 2 RVO (§ 13 Abs. 2 KVLG) entsprechen, hierbei aber auch der zu zahlende Preis eine wesentliche Rolle spielt³⁶⁶⁾, dann stellt sich notwendigerweise auch die Frage, ob der Aufwand hierfür immer "richtig" oder "gerecht" ist.

Sicher ist unter ökonomischen Aspekten zunächst eines, nämlich, daß den Krankenkassen gestattet sein muß, nicht verbrauchbare Sachleistungen³⁶⁷⁾ (z. B. Krücken, Rollstühle etc.), derer ein

364) Vgl. dazu BVerwGE 39, 329 (336 f.)

365) Vgl. dazu BayVGH vom 11.5.1976, BayVB1 1976, S. 630; BVerwG vom 1.3.1978, NJW, S. 1539

366) Vgl. oben Abschnitt A IV 2 b) (S. 37 f.)

367) Vgl. dazu oben Abschnitt C II 2 c) aa) (S. 99 ff.)

Versicherter nicht mehr bedarf nun einem anderen Versicherten mit entsprechender Bedarfslage selbst (leihweise) zu überlassen. Sähe man dies anders und bestünde auch hier auf der Fremdverschaffung einer neuen Ware, ließe man eine Vergeudung von Kassemitteln zu. Dies wäre, weil gegen die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verstoßend, offensichtlich rechtswidrig (IV § 69 Abs. 2 SGB).

Aber auch im (Normal-)Fall der Verschaffung von Dienstleistungen und verbrauchbaren Sachleistungen darf der ökonomische Aspekt nicht vernachlässigt oder unterschätzt werden. Im Idealmodell wird der "richtige" Preis hierfür in tarifvertragsähnlichen Verhandlungen zwischen den Verbänden der Kassen und der Leistungserbringer vereinbart. Dabei kann aber indes nicht übersehen werden, daß, wie früher bereits ausgeführt³⁶⁸⁾, der homogenen Angebotsmacht der Leistungsanbieter nur eine heterogene Nachfragemacht der Krankenkassen gegenübersteht. Es liegt auf der Hand, daß das Verhandlungsgewicht der Leistungsanbieterseite unter diesen Ausgangsbedingungen stärker ist als das der Kassen. Dies begünstigt die Leistungsanbieterseite namentlich bei Preisverhandlungen und ermöglicht ihr, die Preisvorstellungen der Leistungsanbieter letztlich auch vertraglich durchzusetzen. Die teils exorbitanten jährlichen Zuwachsraten bei den Leistungsausgaben der Krankenkassen³⁶⁹⁾ lassen sich bei realistischer Betrachtung gewiß nicht allein mit einem "maßlosen" Anspruchsverhalten der Versicherten und/oder mit der Ausweitung des Leistungskatalogs der GKV durch Gesetzgebung und Rechtsprechung erklären. Daß vielmehr an der Kostenexplosion im Gesundheitswesen auch die Preispolitik der Leistungsanbieter ihren Anteil hat, belegt beispielhaft eine Untersuchung des Wissenschaftlichen Instituts der Ortskrankenkassen über

368) Vgl. oben Abschnitt E II 3 a) (S. 158 f.)

369) Vgl. dazu die tabellarische Übersicht von 1958 bis 1980 bei Beske/Zalewski, a.a.O., S. 21

den Markt der Sehhilfen aus dem Jahre 1980³⁷⁰⁾. Dieser Untersuchung zufolge ist der Sehhilfen-Markt von ungerechtfertigten Übertreibungen und fehlendem Preiswettbewerb geprägt. Vor diesem Hintergrund aber erscheint die Möglichkeit der Selbstabgabe-vergleichbar mit Streik oder Aussperrung bei tarifvertraglichen Auseinandersetzungen- als legitimes Druckmittel bei Preisverhandlungen, das zur Herstellung von Waffengleichheit zwischen Kassen und Leistungserbringern geeignet ist und so letztlich preisregulierend zu wirken vermag. In diesem Sinne wurde die Selbstabgabe auch in der Vergangenheit begriffen³⁷¹⁾ und von den Kassen dann angewandt, wenn die Forderungen der Leistungserbringer mit der wirtschaftlichen Lage der Kassen nicht in Einklang zu bringen waren³⁷²⁾. Freilich hat der Gesetzgeber im Jahre 1977 mit dem Kostendämpfungsgesetz neue Wege in der Eindämmung der Gesundheitsausgaben einzuschlagen versucht. So hat er - offensichtlich in Anlehnung an ein entsprechendes Vorbild nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Stabilitätsgesetz³⁷³⁾ - u. a. auch die "Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen" kreiert (§ 405 a RVO), die, bestehend aus den maßgeblichen Gruppen des Gesundheitswesens einmal jährlich Empfehlungen über die angemessene Veränderung der Gesamtvergütungen (für kassenärztliche Leistungen) und der Höchstbeträge für Arznei-

370) Vgl. dazu SZ vom 3.11.1980, S. 24; Der Spiegel Nr. 49/1980 vom 8.12.1980, S. 71

371) Reichsarbeitsminister Brauns vor dem Reichstag am 10.3.1927: "Preishemmend wirkt allerdings schon die bloße Möglichkeit der Selbstabgabe"; ebenso dort Reichswirtschaftsminister Curtius am 4.6.1929: "Die Selbstabgabe hatte besondere Bedeutung während der Inflation. Seit Festigung der Währung ist ihr Umfang ... mehr und mehr zurückgegangen, aber schon die Möglichkeit ihrer Wiedereinführung wirkt preisregulierend."; zit. nach v. Maydell/Scholz, a.a.O., S. 40; Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 (110); 197 (233) und Meyer, Apotheker-Zeitung 1930, S. 1177; derselbe Gesichtspunkt wird wiederholt im Erlaß des RAM vom 31.7.1933, AN 1933, S. 400

372) Vgl. etwa Jahrbuch der Krankenversicherung 1930, S. 123

373) vom 8.6.1967, BGBl I S. 582

und Heilmittel sowie - neuerdings - zur Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln und mit zahntechnischen Leistungen abzugeben hat. Selbst wenn dieses Instrument freiwilliger Selbstbeschränkung und abgestimmten Preisverhaltens der Beteiligten im Gesundheitswesen längerfristig einen kostendämpfenden Effekt haben mag, so beseitigt es doch nicht grundsätzlich das Verhandlungsungleichgewicht zwischen Kassen und Leistungserbringern insgesamt, zumal das Gebot des § 376 d Abs. 2 Satz 1 RVO, die Empfehlungen der Konzertierten Aktion zu berücksichtigen, selbstverständlich nur für die Kassenseite gilt. Die Herstellung eines das Instrument der Selbstabgabe entbehrlich machenden Verhandlungsgleichgewichts zwischen Kassen und Leistungserbringern, etwa durch eine grundlegende Reform überholter Organisationsstrukturen in der GKV - stichwortartig sei die Vielfalt der Kassenarten, deren ungleiche Risikostreuung und das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Kassen genannt (große finanzkräftige bundesweite Ersatzkassen einerseits mit versichertem Millionenpublikum, weniger finanzkräftige kleine Orts- und Betriebskrankenkassen mit ein paar tausend oder zehntausend Mitgliedern andererseits) - ist jedoch Sache des Gesetzgebers.

Letztendlich ist es aber auch eine politische Frage, ob die Möglichkeit der Selbstabgabe weiterbestehen soll oder nicht. Dies zu entscheiden ist aber in unserem gewaltenteiligen Rechtsstaat wiederum Aufgabe des Parlaments. Rechtspolitisch wäre dabei eine ausdrückliche Willensäußerung des Gesetzgebers, ob so oder so, für alle Beteiligten sicher hilfreich, um den Streit um die Selbstabgabe, der fast schon so alt wie die GKV selbst ist, endlich aus der Welt zu schaffen.

F) Anhang: Rechtsnatur und Rechtsform der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Erbringern nichtärztlicher Dienst- und Sachleistungen sowie Rechtswegfragen

I. Die Rechtsnatur der Maßnahmen zur Sicherstellung der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung, der Hebammenhilfe und der Krankenhauspflege

Die Sicherstellung dieser Leistungen ist im Recht der GKV selbst "durchnormiert". Demnach sind zunächst die zur Erbringung ärztlicher und zahnärztlicher Leistungen bestehenden gesamtvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Kassen-(zahn)ärztlichen Vereinigungen, sowie die bei Inanspruchnahme dieser Leistungen entstehenden individualrechtlichen Anspruchsverhältnisse im Beziehungsgeflecht zwischen Versichertem, Krankenkasse, Kassen(zahn)ärztlicher Vereinigung und Kassen(zahn)arzt aufgrund des im Recht der GKV einschließlich des Kassenarztrechts angelegten Sonderrechts unstreitig öffentlich-rechtlicher Natur. Das zeigt sich schon darin, daß zu den "öffentlich-rechtliche(n) Streitigkeiten in Angelegenheiten der Sozialversicherung" auch solche des Kassenarztrechts gehören (§ 51 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 SGG). Privatrechtlicher Natur sind nur jene Ansprüche des Versicherten, die sich aus der Pflicht des Kassen(zahn)arztes "zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts" ergeben (§ 368 d Abs. 4 RVO)¹⁾ Ferner sind die Beziehungen der Kassen zu den niedergelassenen Hebammen nach öffentlichem Recht gestaltet (§ 376 a RVO)²⁾. Auch die Sicherstellung der Krankenhauspflege erfolgt auf öffentlich-rechtlicher Grundlage. Dies folgt für die Heranziehung der Bedarfsplan-Krankenhäuser unmittelbar aus § 371 Abs. 1, 1. Alt. RVO, gilt der Rechtsprechung des BSG zufolge³⁾ aber auch für Entscheidungen der Krankenkassen über die Heranziehung sog. "Vertragskrankenhäuser" (§ 371 Abs. 1, 2. Alt. RVO). Die Ablehnung der Bereiterklärung des Krankenhauses durch den jeweiligen Kassenverband

1) Vgl. oben Abschnitt B II 2 a) (S. 150), B II 4 c) (S. 179) sowie Laufs, Arztrecht, Rdnr. 18; Palandt, Einf. 2 a) bb) vor § 611 BGB; Eberhardt, a.a.O., S. 292 f. m.w.N.

2) Vgl. die Nachweise oben Abschnitt E II 2 c), Fn. 33 (S. 154)

3) BSGE 51, 126

(§ 371 Abs. 2 RVO) ist danach als Verwaltungsakt, das durch Erklärungsannahme zustandekommende Rechtsgeschäft indes als einheitlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren⁴⁾. Öffentlich-rechtliche Verträge dürften auch die nach § 372 RVO zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Krankenhausträgern bzw. den Krankenhausgesellschaften abzuschließenden Rahmenverträge sein. Auch hier wiederum sind aber die Beziehungen im Verschaffungsverhältnis zwischen dem einzelnen Versicherten und dem beteiligten Krankenhaus bürgerlichrechtlicher Natur⁵⁾. Wo immer in den genannten Fällen eine Streitigkeit im öffentlichen Recht (der GKV) ihren Grund hat, ist zur Entscheidung hierüber die Sozialgerichtsbarkeit zuständig (§ 51 Abs. 1, 2 Satz 1 SGG).

II. Die Rechtsnatur der Maßnahmen zur Sicherstellung der übrigen (nichtärztlichen) Dienst- und Sachleistungen sowie Rechtswegfragen

Was die Sicherstellung der übrigen (nichtärztlichen) Dienst- und Sachleistungen, namentlich im Bereich der Brillen-, Heil- und Hilfsmittelversorgung betrifft, so sind zunächst die insoweit geschlossenen kollektiven Rahmenverträge wegen Fehlens eines - wie etwa im Kassenarztrecht vorhandenen - durchnormierten öffentlich-rechtlichen Sicherstellungsinstrumentariums bürgerlichrechtliche⁶⁾ Rechtsgeschäfte i. S. des § 305 BGB. Gleiches gilt für das Verschaffungsverhältnis zwischen Versichertem und nichtärztlichem Leistungserbringer⁷⁾. Auch die individualrechtlichen Vertragsbeziehungen der Krankenkassen

4) Vgl. a.a.O., S. 129

5) Vgl. die Nachweise oben Abschnitt E II 4 c), Fn. 79 (S. 177)

6) Vgl. Henke, VVDStRL 28, S. 149 (151); für öffentlich-rechtliche Qualifikation hingegen, jedenfalls, soweit die Rahmenvertragspartner der Kassen ebenfalls öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, wie z. B. Innungen: Rohwer-Kahlmann, SGB. 1980, S. 89 (92)

7) Vgl. oben Abschnitt E II 4 c) (S. 176 ff.)

mit den Trägern der Freien Wohlfahrtspflege zur Sicherstellung der häuslichen Krankenpflege und der Haushaltshilfe sind - ebenfalls mangels eines öffentlich-rechtlichen Sicherstellungsinstrumentariums - bürgerlichrechtlicher Natur. Öffentlich-rechtliche Verträge könnten allerdings die Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und den Rettungsdienstorganisationen über die von jenen zu zahlenden Benutzungsentgelte sein, wenn die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über den Rettungsdienst entsprechende Vorgaben enthalten⁸⁾. In diesem Fall nämlich zielt die Vereinbarung auf die Ausgestaltung (beidseitiger) öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen ab, was für deren öffentlich-rechtliche Natur spricht^{8a)}. Höchst umstritten ist indes die Qualifikation des Beschaffungsverhältnisses, das nach Maßgabe rahmenvertraglicher, auf zentralen Strukturprinzipien des Rechts der GKV beruhenden Vorgaben zwischen den Krankenkassen und dem einzelnen nichtärztlichen Leistungserbringer zustandekommt.

1. Der Meinungsstand

Der BGH hält in ständiger Rechtsprechung für Streitigkeiten zwischen Krankenkassen, Apotheken und Erbringern von Heil- und Hilfsmitteln über Beginn und Beendigung eines Leistungsveranschaffungsverhältnisses (und folglich auch für Streitigkeiten hieraus) den ordentlichen Rechtsweg für gegeben. Unabhängig davon, daß bei Geltendmachung der kartellrechtlichen Anspruchsgrundlage des § 26 Abs. 2 GWB kraft der speziellen Zuständigkeitsbestimmung in § 87 Abs. 1 GWB ohnehin der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist⁹⁾, begründet dies der BGH offensichtlich auf der Grundlage der Subjektionstheorie damit, daß die hilfsgeschäftlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten sich auf der Basis rechtlicher Gleichordnung

8) so etwa in Bayern: Art. 10 Abs. 1 und 2 BayRDG

8 a) Vgl. Kopp, § 54 VwVfG, Rdnr. 7

9) Vgl. BGHZ 34, 53

gestalteten¹⁰⁾, von daher gem. § 13 GVG bürgerlichrechtlicher Natur seien und deshalb der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet sei. Folgerichtig erklärten sich denn auch Zivilgerichte in den Fällen für zuständig¹¹⁾, in denen Ortskrankenkassen auf Unterlassung der Brillen-Selbstabgabe in Anspruch genommen wurden. In zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1976 ging der BGH noch einen Schritt weiter, indem er sogar in Klagen Dritter, die auf Unterlassung hoheitlicher Maßnahmen einer Ersatzkasse und einer Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber (potentiellen) Mitgliedern eine zivilrechtliche Streitigkeit sah und dies - unter Berufung auf eine entsprechend im Schrifttum vertretene Ansicht - mit der "Doppelnatur"¹²⁾ dieser Maßnahmen rechtfertigte. Andererseits hat das BVerwG im rechtsähnlichen Fall der Unterlassungsklage eines Arzneimittelherstellers gegen die Kassenärztliche Bundesvereinigung zwar eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit bejaht, jedoch die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit für zuständig gehalten, weil mangels "Beziehungen" zwischen beiden Parteien weder eine Angelegenheit der Sozialversicherung i. S. des § 51 Abs. 1 GG noch eine solche des Kassenarztrechts i. S. des § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG vorliege¹³⁾. Demgegenüber wiederum sieht das BSG in statusbezogenen Streitigkeiten über die Beteiligung eines Arztes an der Ersatzkassenpraxis als Vertragsarzt¹⁴⁾, über seine Zulassung zur knappschaftsärztlichen Versorgung¹⁵⁾ und seinen Ausschluß hiervon¹⁶⁾ sowie über seine Bestellung zum

10) BGHZ 36, 91 (93); vgl. auch BGH vom 1.6.1977, ZfS 1978, S. 102 m. Anm. Wilde; OLG Hamm, DOK 1975, S. 392

11) Vgl. die Nachweise oben Anm. 185 ff. (S. 208)

12) Vgl. BGHZ 67, 81 (89) m.w.N.: im Verhältnis zu den Mitgliedern sei die angegriffene Maßnahme hoheitlicher, im Verhältnis zu hiervon betroffenen Außenstehenden indes privatrechtlicher Natur; vgl. ferner BGHZ 66, 229 ff.

13) BVerwG vom 2.7.1979, NJW 1980, S. 656 (657)

14) BSGE 11, 1 (12)

15) BSGE 21, 104 (105 f.)

16) BSGE 38, 40 (41 f.)

Durchgangsarzt¹⁷⁾ den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für gegeben an. In allen diesen Fällen liege eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, weil der jeweilige Träger öffentlicher Verwaltung (Krankenkasse bzw. Berufsgenossenschaft) hierbei in Erfüllung seiner ihm durch Zuständigkeitsregelung übertragenen Aufgaben handle, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Folgen dieses Handelns privatrechtlich zu beurteilen seien¹⁸⁾. Außerdem liege hier eine "Angelegenheit der Sozialversicherung" bzw. des Kassenarztrechts (§ 51 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 SGG) vor, wobei es das BSG - im Unterschied zur Ansicht des BVerwG¹⁹⁾ - ablehnte, die erwähnten rechtswegbegründenden Merkmale ("Angelegenheiten der Sozialversicherung" bzw. des "Kassenarztrechts") eng auszulegen. Entsprechend beurteilte das BSG denn auch in einem neueren Urteil Streitigkeiten über die Beteiligung von Krankenhäusern als sog. "Vertragskrankenhäuser" (§ 371 Abs. 1 RVO) als solche in Angelegenheiten der Sozialversicherung mit der Folge der Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit²⁰⁾. Die Uneinigkeit, ja Verworrenheit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in dem fraglichen Problemkreis findet ihre Entsprechung in der ebenfalls äußerst kontrovers geführten Diskussion im Schrifttum. Abgesehen vom Streit um den Standpunkt des BGH im allgemeinen²¹⁾, häufen sich dabei ins-

17) BSGE 37, 267 (268)

18) Vgl. BSGE 21, 104 (110); 37, 267 (268 f.); 38, 40 (41 f.); vgl. auch BSGE 34, 236 (238); 36, 238; 45, 109 (111)

19) Vgl. oben Fn. 13 (S. 260)

20) BSGE 51, 126 (128); ebenso Andreas, ArztR 1980, S. 40 (41, 45); Barnewitz, NJW 1980, S. 1891; Heinze, a.a.O., § 371, Anm. 2 (S. 302); a. A. Peters, a.a.O., § 371 RVO, Anm. 4 c (S. 17/1885); Zuck, NJW 1979, S. 590

21) kritisch etwa Püttner, DÖV 1976, S. 635; Menger, VerwArch 1977, S. 293 ff.; gänzlich ablehnend Bettermann, DVBl 1977, S. 180 ff. (= Anm. zu BGHZ 67, 81); vgl. auch Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 40, Rdnr. 21; Kopp, VwGO, § 40 Rdnr. 30; Schimmelpfeng, NJW 1977, S. 1093; Meyer-Ladewig, SGB. 1979, S. 401 ff.; Brackmann, NJW 1982, S. 84 ff.; zustimmend etwa Scholz, NJW 1974, S. 781 f. (= Anm. zum Urteil des OLG Köln vom 28.11.1973, a.a.O., S. 802); und wohl auch Zacher, a.a.O., S. 61

besondere die Stimmen, die in Maßnahmen der Leistungsbeschaffung schlechthin öffentlich-rechtliche Akte sehen, über deren Rechtmäßigkeit allein die Sozialgerichtsbarkeit zu befinden habe²²⁾. Ihr wesentlicher Einwand gilt dabei der vom BGH auf der Basis der Subjektionstheorie vertretenen These, die Kassen bewegten sich bei der Sicherstellung der nichtärztlichen Dienst- und Sachleistungen auf der Ebene der Koordination. Vorzuziehen sei demgegenüber das vom BSG vertretene Abgrenzungskriterium, das sinngemäß auf die herrschende, von Wolff begründete Sonderrechtstheorie hinauslaufe²³⁾. Sind danach aber die fraglichen Beschaffungsmaßnahmen öffentlich-rechtlicher Natur, dann ist nach überwiegender Literaturmeinung schon unter dem Gesichts-

22) Vgl. Bley, RVO-SozVers-GesKomm. § 51 SGG, Anm. 4 e) bb) (S. 225); Brackmann, a.a.O., S. 86; Hauck/Haines, SGB X, K § 53, Rdnr. 8, 22; Meydam, SozVers. 1980, S. 281 (282 f.); Rohwer-Kahlmann, ZSR 1980, S. 92 (95 ff.); 197 (235 ff.); ders. SGB 1980, S. 89 ff.; ders., Festschrift für Wannagat, S. 351 (356 ff., 377 f.); Schimmelpfeng, a.a.O.; NJW 1976, S. 2293 (2295); Schimmelpfeng-Schütte, SGB 1980, S. 379 (383); Schneider-Danwitz, SGB-SozVers-GesKomm., X § 53 SGB, Anm. 30; Schnorr v. Carolsfeld, SGB 1977, S. 214 ff.; (= Anm. zum Urteil des OLG Stuttgart vom 22.10.1975, a.a.O., S. 212); Wilde, ZfS 1980, S. 103 ff. (= Anm. zum Urteil des BGH vom 1.6.1977; a.a.O., S. 102); OLG München vom 1.6.1978, DOK 1980, S. 158 mit abl. Anm. Siewert

23) Vgl. etwa Wilde, a.a.O., S. 104; ebenso Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 402; Schimmelpfeng, a.a.O.; Schimmelpfeng-Schütte, a.a.O.

punkt der "Sachnähe" im Streitfall prinzipiell der Sozialrechtsweg eröffnet²⁴⁾. Unsicherheit besteht indessen darüber, inwieweit dies der Fall sein soll. Je nachdem, ob man die vertraglichen Beziehungen zwischen Krankenkassen und (hier in Rede stehenden) Leistungserbringern - von den Sonderbeziehungen der Kassen zu den niedergelassenen Hebammen einmal abgesehen - als einheitliches öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sieht oder der sog. "Zweistufentheorie" folgt und das "Ob", d. h. die Entscheidung über den Zugang zur Leistungsveranschaffung als Verwaltungsakt, das "Wie", hier also das Verschaffungsrechtsverhältnis aber als bürgerlichrechtlichen Vertrag qualifiziert²⁵⁾, sind im Streitfall unterschiedliche Rechtswegzuständigkeiten möglich. Im ersten Fall, also bei Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrags wäre die Verwaltungsgerichtsbarkeit umfassend, im zweiten Fall hingegen wäre sie nur für Streitigkeiten über statusbezogene Maßnahmen wie Ablehnung oder Entzug der Kassenzulassung zuständig, während für Streitigkeiten aus dem Verschaffungsverhältnis die ordentlichen Gerichte zuständig blieben. Das BSG ist in den erwähnten Knappschaftsarzt-Entscheidungen²⁶⁾ und offenbar auch in der Durchgangsarzt-Entscheidung²⁷⁾

24) Vgl. etwa Rohwer-Kahlmann, Festschrift für Wannagat, a.a.O., S. 378; Schimmelpfeng-Schütte, SGB 1980, S. 379 (384); Wilde, a.a.O., S. 106; Bettermann, a.a.O., S. 183

25) Vgl. Wolff/Bachof, a.a.O., § 22 III f (S. 103)

26) BSGE 21, 104 (109); BSGE 38, 40 (41)

27) BSGE 37, 267

der Zweistufentheorie gefolgt und ließ auch in der MTA-Entscheidung hinsichtlich der nichtärztlichen Leistungsanbieter durchblicken, "ob es nicht sachgerechter wäre, wenigstens die eigentliche Zulassungsentscheidung in das öffentliche Recht zu verweisen"²⁸⁾. Im Anschluß hieran hat schließlich auch das OLG München die Klage eines Masseurs auf Erteilung der Behandlungsberechtigung an das zuständige Sozialgericht verwiesen²⁹⁾.

2. Eigene Stellungnahme

a) Zur Rechtsnatur

Zunächst wird die Ansicht geteilt, daß Entscheidungen einer Krankenkasse über den Status eines Leistungsanbieters als Leistungserbringer, d. h. (positive) Zugangs- und (negative) Ablehnungs- oder Ausschlußentscheide, öffentlich-rechtlicher Natur sind und daher bei Streitigkeiten hierüber jedenfalls der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht eröffnet ist. Formal gesehen folgt dies schon daraus, daß die Kassen in diesen Fällen über die "Zulassung" bzw. über die "Entziehung der Zulassung" und damit in Gestalt eines Verwaltungsakts entscheiden³⁰⁾. Wenn aber ein Träger öffentlicher Verwaltung für sich in Anspruch nimmt, die zwischen ihm und einem anderen bestehende Rechtsbeziehung durch Verwaltungsakt zu regeln, so muß der Betroffene die Möglichkeit haben, die Bindungswirkung dieses Verwaltungsaktes durch Anfechtung eben vor dem zuständigen Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu beseitigen³¹⁾. Die Krankenkassen handeln in diesen Fällen aber nicht nur formal, sondern auch materiell öffentlich-rechtlich. Die vom BGH zur Rechtswegabgrenzung angewandte Subjektions-theorie ist insoweit nicht geeignet, liefert sie doch brauch-

28) BSGE 38, 73 (74)

29) Vgl. oben Fn. 22 a.E. (S. 262)

30) Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGB 1980, S. 89 (90); ders. ZSR 1980, S. 92 (95 f.); ders., Festschrift für Wannagat, a.a.O., S. 359

31) Vgl. BSGE 51, 126 (127) m.w.N.; vgl. auch BVerwGE 13, 307 ff.; 30, 211; BVerwG, DÖV 1972, S. 382 f.

bare Abgrenzungskriterien anerkanntermaßen nur in der klassischen Eingriffsverwaltung, um die es hier gerade nicht geht. Vorzuziehen ist daher die Wolff'sche Sonderrechtstheorie, die für die Leistungsverwaltung gleichermaßen wie für die Eingriffsverwaltung eine taugliche Rechtswegabgrenzung zu leisten imstande ist. Ihr zufolge "ist 'öffentliches Recht' der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist"³²⁾. Die Krankenkassen sind in doppelter Hinsicht Adressaten einer solchen Verpflichtung: Einmal gegenüber den Versicherten, deren Naturalleistungsansprüche für den Bedarfsfall nach den im Recht der GKV vorgezeichneten Bedingungen realisierbar gemacht werden müssen, so daß die Heranziehung nichtärztlicher Leistungserbringer - auf dem Boden der herrschenden Verwaltungsprivatrechtslehre - der unmittelbaren Erfüllung der Kassenaufgaben dient, die Zugangsentscheidung also schon von daher öffentlich-rechtlicher Natur ist³³⁾. Zum anderen obliegt ihnen eine solche Verpflichtung gegenüber den einschlägigen Leistungsanbietern, die aufgrund ihres existentiellen Angewiesenseins einen prinzipiellen Zugangsanspruch zur Leistungsveranschaffung aus Art. 12 Abs. 1 i.V. mit Art. 3 Abs. 1 GG haben³⁴⁾. In jedem Fall findet sich sonach die Grundlage hierfür im öffentlichen Recht, so daß es auf das Fehlen entsprechender individual-rechtlicher Zugangsregelungen dort nicht mehr entscheidend ankommt. Damit aber wären die den Status als Leistungserbringer betreffenden Maßnahmen auch materiell Verwaltungsakte, da sowohl die Zulassung (als Leistungsanbieter) als auch deren Verweigerung und der Zulassungsentzug jeweils eine Einzelfallregelung mit unmittelbarer Außenwirkung darstellt (§ 35 Satz 1 VwVfG; X § 31 Satz 1 SGB).

32) Vgl. Wolff/Bachof, a.a.O., § 22 II c (S. 99)

33) Vgl. nochmals oben Abschnitt E II 6 c) bb) (4) (S. 196 ff.)

34) Vgl. nochmals oben a.a.O. (S. 196 ff.)

Dieses Ergebnis entspricht auch der von Ipsen³⁵⁾ zur Vergabe öffentlicher Subventionen begründeten, heute, wenngleich nicht mehr unumstritten³⁶⁾ herrschenden Zweistufentheorie. Von der Sache her ist dies umso mehr gerechtfertigt, als es sich bei den fraglichen Statusentscheidungen um existentielle und nicht nur um Entscheidungen über unterstützende Zuwendungen handelt.

b) Zur Rechtswegfrage

Der überwiegenden Ansicht ist schließlich auch darin zu folgern, daß für Streitigkeiten, die den Zugang zum Beschaffungsverhältnis betreffen, der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist (§ 51 Abs.1 SGG), während es für Streitigkeiten aus dem im konkreten Verschaffungsfall zustandekommenden zivilrechtlichen Durchführungsgeschäft bei der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte verbleibt (§ 13 GVG). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in Angelegenheiten der Sozialversicherung liegt vor, wenn die Möglichkeit gegeben ist, daß die aus dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt hergeleitete Rechtsfolge ihre Grundlage im materiellen Sozialversicherungsrecht findet. Dabei kann der Standort der Rechtsnorm, aber auch der Gesichtspunkt der Sachnähe ausschlaggebend sein³⁷⁾. In den in Rede stehenden Fällen fehlt es zwar im Recht der GKV an individualrechtlichen Grundlagen für die Heranziehung als Leistungserbringer, so daß der erstgenannte Gesichtspunkt hier nicht weiterhilft. Fraglich ist aber auch, ob hier unter dem Sachnäheaspekt³⁸⁾ die Zuständigkeit der Sozialgerichte begründet werden kann. Das BVerwG hat es in dem schon erwähnten Streitfall zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und einem

35) DVBl 1956, S. 605 ff.; 1962, S. 196 ff.

36) Vgl. etwa Wilde, a.a.O., m.w.N.; Bethge, JR 1972, S. 139 ff. VGH Mannheim, NJW 1977, S. 452

37) Vgl. Meyer-Ladewig, § 51 SGG, Rdnr. 22 m.w.N.

38) Vgl. dazu auch BGHZ 24, 264 (277); 43, 34 (40); 57, 130 (136); Gem. Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (BSGE 37, 292)

Arzneimittelhersteller³⁹⁾ für das Verhältnis der einzelnen Gerichtszweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der (generellen) Zuständigkeitsnorm in § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO einerseits und der (speziellen) Zuständigkeitsnorm in § 51 SGG andererseits abgelehnt, die "Sachnähe" als rechtswegkonstituierendes Merkmal anzusehen. Es hat daher in diesem Fall mangels Äußerung des Kassenarztrechts zu den Beziehungen zwischen den Parteien im Sozialversicherungsrecht und somit mangels ausdrücklicher Zuweisung an die Sozialgerichtsbarkeit die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit für zuständig erachtet⁴⁰⁾. Es kann auf sich beruhen, ob das hier inmittenstehende, auf den Sozialrechtsweg verweisende Kriterium - Streitigkeiten in Angelegenheiten des Kassenarztrechts (§ 51 Abs. 2 Satz 1 SGG) - mit dem BVerwG so eng gesehen werden kann, daß darunter nur die durch das Kassenarztrecht geregelten Beziehungen zu verstehen sind⁴¹⁾ oder ob es sich (weitergehender) auf den gesamten hierdurch geregelten Hoheitsbereich bezieht⁴²⁾. Vorliegend ist festzuhalten, daß sich das Recht der GKV, anders als das Kassenarztrecht hinsichtlich der Beziehungen zur pharmazeutischen Industrie, zu den Beziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringern, wenn auch nicht umfassend, so doch im Prinzip in den §§ 371 ff. RVO (§ 74 KVLG) äußert. Sind aber diese Beziehungen im Recht der GKV prinzipiell fundiert und kommt es für die statusbezogenen Entscheidungen wesentlich auf die Erfüllung der letztlich im Recht der GKV wurzelnden Zugangsanforderungen an, dann kann es unter zusätzlicher Zuhilfenahme des Sachnähegedankens, der ja gerade auch auf die besonder-

39) NJW 1980, S. 656 ff.

40) a.a.O., S. 656 f.

41) so auch Denninger, NJW 1981, S. 619 und wohl auch Bley, a.a.O. Anm. 10 a (S. 238), der aber öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Vollzug des Kassenarztrechts zwischen der kassenärztlichen Selbstverwaltung und nicht im Kassenarztrecht erwähnten Dritten als solche in "Angelegenheiten des Sozialversicherungsrechts" (§ 51 Abs. 1 SGG) ansieht.

42) so etwa Brackmann, a.a.O.

Sachkunde der Fachgerichtsbarkeit abzielt⁴³⁾, eigentlich nicht mehr zweifelhaft sein, daß jedenfalls Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungsanbietern bzw. Leistungserbringern über den Zugang zur Leistungsverschaffung solche "in Angelegenheiten der Sozialversicherung" (§ 51 Abs. 1 SGG) sind und daher vor die Sozialgerichte gehören.

⁴³⁾ Vgl. BGHZ 66, 229 (237); 67, 81 (87)

L e b e n s l a u f

Am 30. Juli 1945 wurde ich in Poppenlauer, Landkreis Bad Kissingen, als zweites Kind des Müllermeisters Gotthold Dünisch und seiner Ehefrau Else, geb. Süß, geboren. Seit Ende 1945 lebe ich in München, besuchte hier von 1951 bis 1959 die Volksschule und war dann von August 1959 bis September 1970 in der Gesetzlichen Krankenversicherung tätig, zunächst als Verwaltungslehrling, ab März 1963 als Assistentenanwärter und nach bestandener Anstellungsprüfung im März 1966 im mittleren Verwaltungsdienst. Ab September 1966 besuchte ich das Städtische Abendgymnasium für Berufstätige in München, wo ich im Juni 1970 die Reifeprüfung ablegte. Ab Wintersemester 1970/71 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München Rechtswissenschaft. Im Dezember 1974 bestand ich in München die Erste Juristische Staatsprüfung. Von Februar 1975 bis zum erfolgreichen Abschluß der Zweiten Juristischen Staatsprüfung im August 1977 leistete ich im Oberlandesgerichtsbezirk München den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar ab. Im November 1977 bin ich in die bayerische innere Verwaltung eingetreten, war zunächst bei der Regierung von Oberbayern als Regierungsrat z. A. und bin seit April 1978 im Bayerischen Staatsministerium des Innern - derzeit als Oberregierungsrat - tätig.







